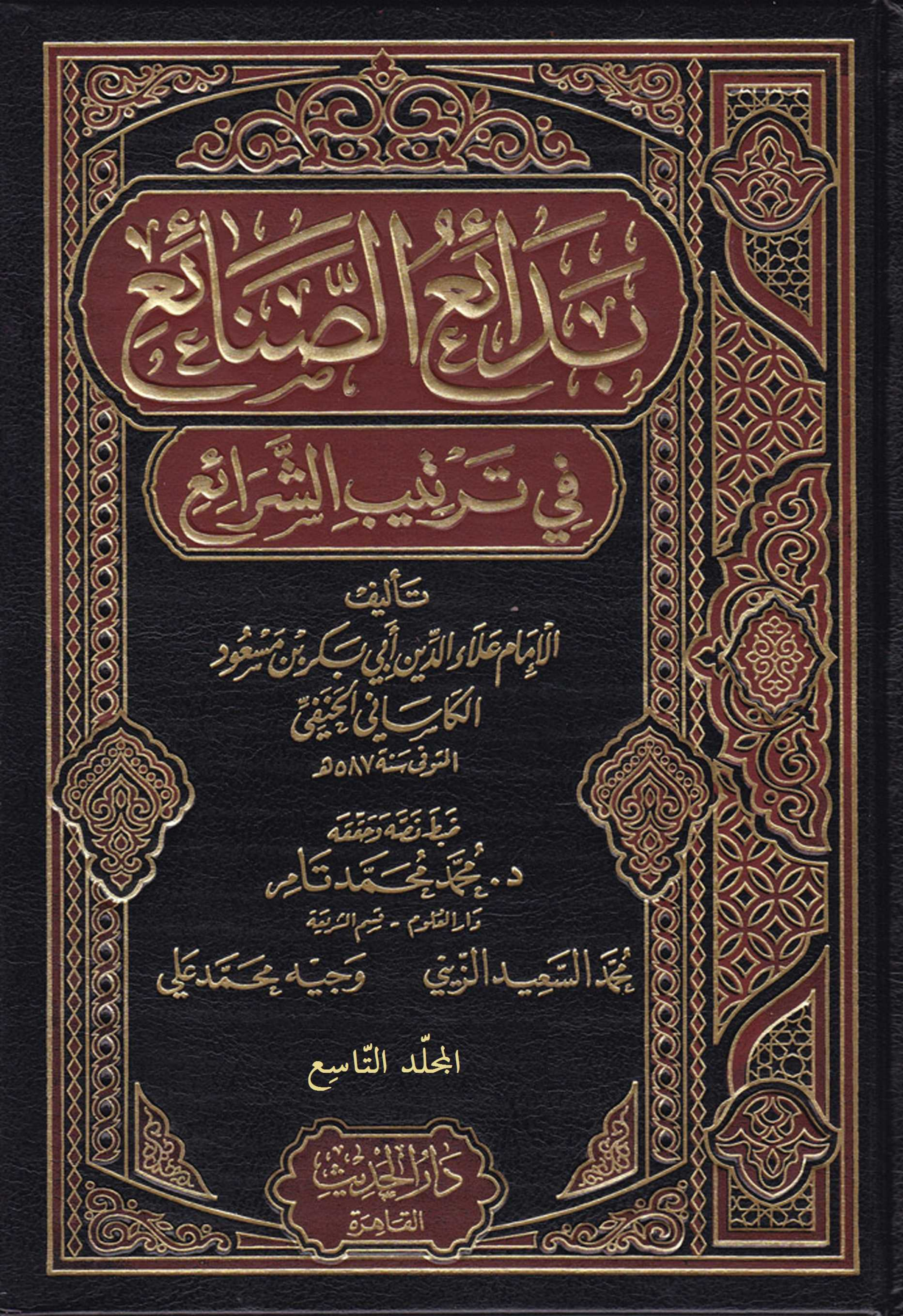


بدائع الصنائع
في ترتيب الشرائع
تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧هـ
ضبط نصه وحققه
د. محمد محمد تامر
دار العلوم - قسم الشريعة
محمد السعيد الزيني
وجيه محمد علي
المجلد التاسع
دار الحديث
القاهرة



اسم الكتـــاب : بدائع الصنائع

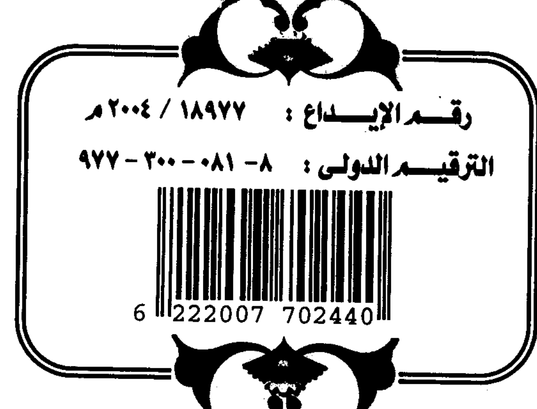
اسم المؤلـــف : الإمام الكاساني الحنفي

اسم المحقـــق : د . محمد محمد تامر

القطـــــع : ١٧×٢٤سم

عدد المجـــلدات : ١٠ مجلدات

سنة الطبـــع : ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م



رقـــم الإيـــداع : ١٨٩٧٧ / ٢٠٠٤م

الترقيـــم الدولى : ٨- ٠٨١ - ٣٠٠ - ٩٧٧

6 222007 702440

دار الحديث

طبـــع . نشـــر . توزيـــع

١٤٠ شارع جوهر القائد امام جامعه الازهر تليفون : ٥٨٩٩٤٠٩ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ فاكس : ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com

E-mail: info@darelhadith.com



تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

حققه على نسخة مخطوطة كاملة وعلق عليه
د/ محمد محمد تامر
كلية دار العلوم - قسم الشريعة

المجلد التاسع

دار الحديث
القاهرة


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادة

كتاب الشَّهادةِ (١)

الكَلامُ في هذا الكِتابِ في مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ الشَّهادةِ.

وَفي بيانِ شَرائطِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ ما يَلْزَمُ الشّاهدَ بتَحَمُّلِ الشَّهادةِ.

وفي بيانِ حُكْمِ الشَّهادةِ.

امّا رُكنُ الشَّهادةِ: فقولُ الشّاهِدِ: أشْهَدُ بكذا [وكذا] (٢)، وفي مُتَعارَفِ النّاس في حُقوقِ العِبادِ: هو الإخْبارُ عن كونِ ما في يَدِ غيرِه لِغيرِه، فكُلُّ مَنْ أخْبَرَ بأنّ (٣) ما في يَدِ غيرِه لِغيرِه، فهو شاهدٌ، وبِه يَنْفَصِلُ عن المُقِرِّ والمُدَّعي والمُدَّعَى عليه، على ما ذَكَرْنا في «كِتابِ الدَّعْوَى».

فصل [في شرائط الركن]

وَأمّا الشَّرائطُ في الأصلِ فنوعانِ: نوعٌ هو شرطُ تَحَمُّلِ الشَّهادةِ، ونوعٌ هو شرطُ أداءِ الشَّهادةِ، أمّا الأوّلُ (٤) فثلاثةٌ.

احدُها: أنْ يكونَ عاقِلاً وقتَ التّحَمُّلِ؛ فلا يَصِحُّ التّحَمُّلُ من المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛ لأنّ تَحَمُّلَ الشَّهادةِ عِبارةٌ عن فهْمِ الحادِثةِ وضَبْطِها، ولا يَحْصُلُ [له] (٥) ذلك إلاّ (بآلةِ الفهْمِ والضَّبْطِ، وهي العَقْلُ) (٦).

والثاني: أنْ يكونَ بَصيرًا وقتَ التّحَمُّلِ عندَنا، فلا يَصِحُّ التّحَمُّلُ من الأعمَى (٧).

وعندَ الشّافعيِّ - رحمه الله - البَصَرُ ليس بشرطٍ لِصِحّةِ التّحَمُّلِ ولا لِصِحّةِ الأداءِ (٨)؛

---

(١) في المخطوط: «الشهادات».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «عن».
(٤) في المخطوط: «شرائط تحمل الشهادة».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «بالعقل».
(٧) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٣٢)، المبسوط (١٦/ ١٢٩)، فتح القدير (٧/ ٣٩٧)، رد المحتار (٧/ ٩٣).
(٨) ومذهب الشافعية: أنه لا تقبل شهادة الأعمى فيما سمعه، لأن الأصوات تتشابه، ويختلط بعضها

لأن [١] الحاجةَ إلى البَصَرِ عندَ التّحمُّلِ [٢]؛ لِحُصولِ العِلْمِ بالمشهودِ به، وذلك [٣] يَحْصُلُ بالسَّماعِ، وللأعمَى سَماعٌ صَحيحٌ؛ فيَصِحُّ تَحمُّلُه لِلشَّهادةِ، ويَقْدِرُ على الأداءِ بعدَ التّحمُّلِ.

وَلَنا: أنّ الشّرطَ هو السَّماعُ من الخصْمِ؛ لأن الشَّهادةَ تَقَعُ له، ولا يُعْرَفُ كونُه خَصْمًا إلاّ بالرُّؤيةِ؛ لأن النّغَماتِ يُشْبِه بعضُها بعضًا.

وَأمّا البلوغُ، والحُرّيّةُ والإسلامُ والعَدالةُ- فليستْ من شَرائطِ [التّحمُّلِ، بل من شَرائطِ] [٤] الأداءِ حتّى لو كان وقتَ التّحمُّلِ صَبيًّا عاقِلاً، أو عبدًا، أو كافِرًا، أو فاسقًا، ثُمّ بَلَغَ الصّبيُّ، وعَتَقَ العبدُ، وأسْلَمَ الكافِرُ، وتابَ الفاسقُ، فشَهِدوا عندَ القاضي تُقْبَلُ شهادَتُهم.

وكذا العبدُ إذا تَحمَّلَ الشَّهادةَ لِمولاه، ثُمَّ عَتَقَ فشَهِدَ له، تُقْبَلُ، وكذا المَرْأةُ إذا تَحمَّلَتِ الشَّهادةَ لِزَوْجِها، ثُمَّ بانَتْ منه فشَهِدَتْ له، تُقْبَلُ شهادَتُها [٥]، لأن تَحمُّلَها [٦] الشَّهادةَ للمولى والزَّوْجِ صَحيحٌ، وقد صارا من أهْلِ الأداءِ بالعِتْقِ والبَيْنونةِ، فتُقْبَلُ شهادَتُهما.

ولو شَهِدَ الفاسقُ، فرُدَّتْ شهادَتُه لِتُهْمةِ الفِسْقِ، أو شَهِدَ أحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِصاحبِه فَرُدَّتْ شهادَتُه، لِتُهْمةِ الزَّوْجيّةِ، ثُمَّ شَهِدوا في تلك الحادِثةِ بعدَ التَّوْبةِ [٧] والبَيْنونةِ- لا تُقْبَلُ.

ولو شَهِدَ العبدُ، أو الصّبيُّ العاقِلُ، أو الكافِرُ على مسلمٍ في حادِثةٍ، فرُدَّتْ شهادَتُه، ثُمَّ أسْلَمَ الكافِرُ، وعَتَقَ العبدُ، وبَلَغَ الصّبيُّ، فشَهِدوا في تلك الحادِثةِ بعَيْنِها تُقْبَلُ.

ووجه الفرْقِ: أنّ الفاسقَ، والزَّوْجَ لهما شهادةٌ في الجُمْلةِ، وقد رُدَّت، فإذا شَهِدوا بعدَ التّوْبةِ، وزَوالِ الزَّوْجيّةِ في [٤/ ٨٦ب] تلك الحادِثةِ - فقد أعادَ تلك الشَّهادةَ، وهي مَرْدودةٌ، والشَّهادةُ المَرْدودةُ لا تحتملُ القَبولَ، بخلافِ الكافِرِ والعبدِ والصّبيِّ، لأنه لا

بعض، لكن ما تحمله الأعمى قبل عماه تقبل شهادته فيه وإن أداه بعد العمى. انظر: روضة الطالبين (١١/ ٢٦٠).

(١) في المخطوط: «وجه قوله أن».

(٢) التحمل: من حَمل الحَمْل، وتحمل الشهادة: معاينة الحادث الذي قد يحتاج إلى الشهادة عليه. انظر: معجم لغة الفقهاء (ص ١٢٤).

(٣) في المخطوط: «وذا».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «شهادتهما».

(٦) في المخطوط: «تحملهما».

(٧) في المخطوط: «العتق».

شهادةَ للكافِرِ على المسلمِ أصلاً.

وكذا الصّبيُّ والعبدُ لا شهادةَ لهما أصلاً، فإذا أَسْلَمَ الكافِرُ، وعَتَقَ العبدُ، وبَلَغَ الصّبيُّ- فقد حَدَثَتْ لهم [(١)] بالإسلامِ والعِتْقِ والبلوغِ شهادةٌ، وهي غيرُ المَرْدودةِ، فقُبِلَتْ، فهو الفرْقُ.

والثّالِثُ: أنْ يكونَ التّحَمُّلُ بمُعايَنةِ المشهودِ به بنفسِه، لا بغيرِه إلاّ في أشْياءَ مَخْصوصةٍ، يَصِحُّ التّحَمُّلُ فيها بالتّسامُعِ من النّاس، لِقولِهِ- عليه الصلاة والسلام- لِلشّاهِدِ: **«إذا عَلِمْتَ مثلَ الشَّمْسِ فاشهَدْ، وإلَّا فدَعْ»** [(٢)] ولا يَعْلَمُ مثلَ الشَّمْسِ إلاّ بالمُعايَنةِ بنفسِه، فلا تُطْلَقُ الشَّهادةُ بالتّسامُعِ إلاّ في أشْياءَ مَخْصوصةٍ، وهي: النِّكاحُ، والنّسَبُ، والموتُ، (فإنه تحل) [(٣)] الشَّهادةِ فيها بالتّسامُعِ من النّاس، وإنْ لم يُعايِنْ بنفسِه، لأن مَبنَى هذِه الأشْياءِ على الاشْتِهارِ، فقامَتِ الشُّهْرةُ فيها مَقامَ المُعايَنةِ.

وَكذا إذا شَهِدَ العُرْسَ والزِّفافَ- يجوزُ له أنْ يَشْهَدَ بالنِّكاح، لأنه [(٤)] دليل النكاح، وكذا في الموتِ إذا شَهِدَ جِنازةَ رجلٍ، أو دَفْنَه- حَلَّ له أنْ يَشْهَدَ بموتِه، واختَلَفوا في تفسيرِ التّسامُعِ، فعندَ محمّدٍ - رحمه الله - هو أنْ يَشتهِرَ ذلك ويَسْتَفيضَ، وتَتَواتَرَ به الأخْبارُ عندَه من غيرِ تَواطُؤٍ، لأن الثّابِتَ بالتّواتُرِ والمَحْسوسَ بحِسِّ البَصَرِ [(٥)] والسَّمْعِ سَواءٌ، فكانت الشَّهادةُ بالتّسامُعِ شهادةً عن [(٦)] مُعايَنةٍ، فعلى هذا إذا أخْبرَه بذلك رجلانِ، أو رجلٌ وامرأتانِ لا يَحِلُّ له الشَّهادةُ ما لم يدخلْ في حَدِّ التّواتُرِ.

وَذَكَرَ أحْمَدُ بنُ عَمْرِو بنِ مِهيرَ الخصّافُ [(٧)] أنّه إذا أخْبرَه رجلانِ عَدْلانِ، أو رجلٌ

---

(١) في المخطوط: «له».

(٢) ضعيف: أخرجه البيهقي بنحوه في الكبرى (١٠/ ١٥٦)، وأبو نعيم في الحلية (٤/ ١٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. انظر تخريج الطحاوية (ص ٩٠).

(٣) في المطبوع: «فلَه تَحَمُّل».

(٤) في المطبوع: «لأن ذلك».

(٥) في المخطوط: «النظر».

(٦) في المخطوط: «على».

(٧) هو العلامة شيخ الحنفية أبو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني الفقيه الحنفي المحدث، حدث عن وهب بن جرير وأبي عامر العقدي والواقدي وأبي نعيم وعمرو بن عاصم وعارم ومسلم بن إبراهيم والقعنبي وخلق كثير، ذكره ابن النجار في تاريخه، وقال محمد بن إسحاق: كان فاضلا صالحًا فارضًا حاسبًا عالمًا بالرأي مقدمًا عند الخليفة المهتدي بالله، صنف كتاب «الحيل» وكتاب «الشروط الكبير» و«الرضاع» و«أدب القاضي»، و«العصير وأحكامه» و«أحكام الوقوف» و«درع الكعبة والمسجد والقبر»، ويذكر عنه زهد وورع وأنه كان يأكل من صنعته رحمه الله وقل ما روى وكان قد قارب الثمانين مات ببغداد سنة إحدى وستين

وامرأتانِ أنّ هذا ابنُ فُلانٍ (أو امرأةُ فُلانٍ، يَحِلُّ) [١] له الشَّهادةُ بذلك استِدْلالاً بحُكْمِ الحاكِمِ وشهادَتِه، فإنّه يَحْكُمُ بشهادةِ شاهدَيْنِ من غيرِ مُعايَنةٍ [منه] [٢] بل بخَبَرِهما، ويجوزُ له أنْ يَشْهَدَ بذلك بعدَ العَزْلِ، كذا هذا.

وَلو أخْبَرَه رجلٌ أو امرأةٌ بموتِ إنسانٍ - حَلَّ لِلسّامِعِ أنْ يَشْهَدَ بموتِه، فعلى هذا يَحْتاجُ إلى الفرْقِ بين الموتِ، وبين النِّكاح والنَّسَبِ.

ووجه الفرق: أنّ مَبنَى هذِه الأشْياءِ، وإنْ كان على الاشْتِهارِ إلاّ أنّ الشُّهْرةَ في الموتِ أسْرَعُ منه في النِّكاح والنَّسَبِ، لِذلك شُرِطَ [٣] العَدَدُ في النِّكاح والنَّسَبِ، ولم يشترط ذلك في الموتِ لَكِنْ يَنْبَغي أنْ يَشْهَدَ في كُلِّ ذلك على البَتاتِ والقَطْعِ دونَ التَّفْصيلِ والتَّقْييدِ، بأنْ يقولَ: إنّي لم أُعايِنْ ذلك، ولَكِنْ سَمِعْتُ من فُلانٍ كذا وكذا (حتّى لو شَهِدَ) [٤] كذلك لا تُقْبَلُ.

وَأمّا الولاءُ- فالشَّهادةُ فيه بالتّسامُعِ غيرُ مقبولةٍ عندَ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ - رحمهما الله - وهو قولُ أبي يوسفَ - رحمه الله - الأوّلُ، ثُمَّ رجع وقال تُقْبَلُ وذَكَرَ الطَّحاويُّ - رحمه الله - قولَ محمّدٍ مع أبي يوسفَ الآخَرَ.

وَوجهُه أنّ الولاءَ لُحْمةٌ كلُحْمةِ النَّسَبِ ثُمَّ الشَّهادةُ بالتّسامُعِ في النَّسَبِ مقبولةٌ، كذا في الولاءِ، ألا تَرَى أنّا كما نَشْهَدُ أنّ سَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله عنه كان ابنَ الخطّابِ نَشْهَدُ أنّ نافعًا كان مولى ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ- رضي الله عنهما-.

والصحيح: جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأن جوازَ الشَّهادةِ بالتّسامُعِ في [باب] [٥] النَّسَبِ لِما أنّ مَبنَى النَّسَبِ على الاشْتِهارِ، فقامَتِ الشُّهْرةُ فيه مَقامَ السَّماعِ بنفسِه، وليس مَبنَى الولاءِ على الاشْتِهارِ، فلا بُدَّ من مُعايَنةِ الإعتاقِ حتّى لو اشتهَرَ اشْتِهارَ [٦] نافعٍ لابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما حَلَّتِ الشَّهادةُ بالتّسامُعِ.

ومائتين. انظر ترجمته في: هدية العارفين (٥/ ٤٩)، معجم المؤلفين (٢/ ٣٥)، الأعلام للزركلي (١/ ١٨٥).

(١) في المخطوط: «حل».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «اشترط».
(٤) في المخطوط: «ولو شهدوا».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «أن».

وأمّا الشَّهادةُ بالتّسامُعِ في الوقْفِ- فلم يَذْكُرْه [١] في ظاهرِ الرِّوايةِ، إلاّ أنّ مَشايِخَنا ألحَقوه بالموتِ؛ لأن مَبنَى الوقْفِ على الاشْتِهارِ أيضًا كالموتِ، فكان مُلْحَقًا به، وكذا تَجوزُ الشَّهادةُ بالتّسامُعِ في القَضاءِ والوِلايةِ أنّ هذا قاضي بَلَدِ كذا ووالي بَلَدِ كذا، وإنْ لم يُعايِنِ المشهور [٢]، لأن مَبنَى القَضاءِ والوِلايةِ على الاشتهار [٣]، فقامَتِ الشُّهْرةُ فيها مَقامَ المُعايَنةِ والله أعلم.

ثُمَّ تُحْمَلُ الشَّهادةُ كما يَحْصُلُ بمُعايَنةِ المشهودِ به بنفسِه يَحْصُلُ بمُعايَنةِ دَليلِه، بأنْ يَرَى ثوبًا أو دابّةً أو دارًا في يَدِ إنسانٍ يَسْتَعْمِلُه استِعْمالَ المُلاّكِ من غيرِ مُنازِعٍ [٤] حتّى لو خاصَمَه غيرُه فيه- يَحِلُّ له أنْ يَشْهَدَ بالمِلْكِ لِصاحبِ اليَدِ، لأن اليَدَ المُتَصَرِّفةَ في المالِ من غيرِ مُنازِعٍ دَليلُ المِلْكِ فيه، بل لا دَليلَ بشاهدٍ في الأموالِ أقوَى منها.

وَزادَ ابو يوسفَ فقال: لا تَحِلُّ له الشَّهادةُ حتّى يَقَعَ في قَلْبِه أيضًا أنّه له، ويَنْبَغي أنْ يكونَ هذا قولهم جميعًا أنّه لا تَجوزُ لِلرّائي الشَّهادةُ بالمِلْكِ لِصاحبِ اليَدِ حتّى يَراه في يَدِه، يَسْتَعْمِلُه استِعْمالَ المُلاّكِ من غيرِ مُنازِعٍ، و[حتّى] [٥] يَقَعَ في قَلْبِه أنّه له.

وذَكَرَ في «**الجامِعِ الصّغيرِ**» وقال: كُلُّ شيءٍ في يَدِ إنسانٍ سِوَى العبدِ والأمةِ يَسَعُك أنْ [٤/ ٨٧أ] تَشْهَدَ أنّه له استَثْنَى العبدَ والأمةَ فيَقْتَضي أنْ لا تَحِلَّ له الشَّهادةُ بالمِلْكِ لِصاحبِ اليَدِ فيهما إلاّ إذا أقَرّا بأنْفُسِهما، وإنّما أرادَ به العبدَ الذي يكونُ له في نفسِه يَدٌ، بأنْ كان كبيرًا يُعَبِّرُ عن نفسِه. وكذا الأمةُ، لأن الكَبيرَ [٦] في يَدِ نفسِه ظاهرٌ [٧]، إذِ الأصلُ هو الحُرّيّةُ في بَني آدَمَ، والرِّقُّ عارِضٌ فكانت يَدُه إلى نفسِه أقرَبَ من يَدِ غيرِه فلم تَصْلُحْ يَدُ غيرِه دَليلَ المِلْكِ فيه بخلافِ الجماداتِ والبَهائمِ، لأنه لا يَدَ لها، فبَقيَتْ يَدُ صاحبِ اليَدِ دَليلاً على المِلْكِ؛ ولأن الحُرَّ قد يَخدُمُ [الحر] [٨] كأنّه عبدٌ عادةً، وهذا أمرٌ ظاهرٌ في مُتَعارَفِ النّاس وعاداتِهم فتَعارَضَ الظّاهرانِ فلم تَصْلُحِ اليَدُ دَليلاً فيه.

أمّا إذا كان صَغيرًا لا يُعَبِّرُ عن نفسِهِ- كان حُكْمُه حُكْمَ الثّوْبِ والبَهيمةِ، لأنه لا يكونُ له في نفسِه يَدٌ فيَلْحَقُ بالعُروضِ والبَهائمِ فتَحِلُّ لِلرّائي الشَّهادةُ بالمِلْكِ فيه لِصاحبِ اليَدِ،

---

(١) في المخطوط: «يذكر».
(٢) في المطبوع: «المَنْشور».
(٣) في المطبوع: «الشُّهْرة».
(٤) في المخطوط: «منازعة».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «العبد».
(٧) في المخطوط: «في الظاهر».
(٨) زيادة من المخطوط.

واللَّه سبحانه وتعالى- أعلمُ.

وَأمّا شَرائطُ أداءِ الشَّهادةِ فأنْواعٌ: بعضُها يرجعُ إلى الشّاهدِ، وبعضُها يرجعُ إلى نفسِ الشَّهادةِ، وبعضُها يرجعُ إلى مَكانِ الشَّهادةِ. وبعضُها يرجعُ إلى المشهودِ به.

أمّا الذي يرجعُ إلى الشّاهدِ فأنْواعٌ: بعضُها يَعُمُّ الشَّهاداتِ كُلَّها، وبعضُها يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ.

أمّا الشرائط العامّة: فمنها: العَقْلُ، لأن مَنْ لا يَعْقِلُ (١) لا يَعْرِفُ الشَّهادةَ، فكيفَ يَقْدِرُ على أدائها؟

ومنها: البلوغُ، فلا تُقْبَلُ شهادةُ الصّبيِّ العاقِلِ، لأنه لا يَقْدِرُ على الأداءِ إلاّ بالتّحفُّظِ (٢)، والتّحفُّظُ بالتّذَكُّرِ، والتّذَكُّرُ بالتّفكُّرِ، ولا يوجَدُ من الصّبيِّ عادةً، ولأن الشَّهادةَ فيها معنى الوِلايةِ، والصّبيُّ مولًّى عليه، ولأنه لو كان له شهادةٌ لَلَزِمَتْه (٣) الإجابةُ عندَ الدَّعْوةِ للآيةِ الكَريمةِ وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة:٢٨٢] أي: دُعوا للأداءِ فلا (يَلْزَمُه إجماعًا) (٤).

ومنها: الحُرّيّةُ؛ فلا تُقْبَلُ شهادةُ العبدِ؛ وقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾ [النحل:٧٥] والشَّهادةُ شيءٌ، فلا يَقْدِرُ على أدائها بظاهرِ الآيةِ الكَريمةِ، ولأن الشَّهادةَ تَجْري مجرَى الوِلاياتِ والتّمليكاتِ.

أمّا معنى الوِلايةِ: فإنّ فيه تَنْفيذَ القولِ على الغيرِ، وإنّه من بابِ الوِلاءِ (٥).

وأمّا معنى التّمليكِ: فإنّ [كان] (٦) الحاكِمَ يَمْلِكُ الحُكْمَ بالشَّهادةِ، فكَأنّ الشّاهدَ مَلَّكه الحُكْمَ، والعبدُ لا وِلايةَ له على غيرِه، ولا يَمْلِكُ (٧)، فلا شهادةَ له، ولأنه لو كان له شهادةٌ- لَكان يجبُ عليه الإجابةُ إذا دُعيَ لأدائها، للآيةِ الكَريمةِ ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ (٨)، ولا يجبُ لِقيامِ حَقِّ المولَى، وكذا لا تُقْبَلُ شهادةُ المُدبَّرِ والمُكاتَبِ وأُمِّ الولَدِ؛ لأنهم عُبَيْدٌ، وكذا مُعْتَقُ البعضِ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما تُقْبَلُ شهادَتُه، لأنه

---

(١) في المخطوط: «ما لا عقل له».
(٢) في المخطوط: «بالحفظ».
(٣) في المخطوط: «للزمه».
(٤) في المخطوط: «يلزم بالإجماع».
(٥) في المخطوط: «الولاية».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «تمليك».
(٨) زيادة من المخطوط.

بمنزِلةِ المُكاتَبِ عندَه، وعندَهما بمنزِلةِ حُرٍّ عليه دَيْنٌ.

وَمنها: بَصَرُ الشّاهِدِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - فلا تُقْبَلُ شهادةُ الأعمَى عندَهما، سَواءٌ كان بَصيرًا وقتَ التّحمُّلِ، أو لا، وعندَ أبي يوسفَ ليس بشرطٍ حتّى تُقْبَلَ شهادَتُه إذا كان بَصيرًا وقتَ التّحمُّلِ، وهذا إذا كان المُدَّعَى شيئًا لا يَحْتاجُ إلى الإشارةِ إليه وقتَ الأداءِ، فأمّا إذا كان شيئًا يَحْتاجُ إلى الإشارةِ إليه وقتَ الأداءِ لا تُقْبَلُ شهادَتُه إجماعًا [١].

وجه قولِ ابي يوسف: أنّ اشْتِراطَ البَصَرِ ليس لِعَيْنِه، بل لِحُصولِ العِلْمِ بالمشهودِ به، وذا يَحْصُلُ إذا كان بَصيرًا وقتَ التّحمُّلِ.

وجه قولِهما: أنّه لا بُدَّ من معرفةِ المشهودِ له، والإشارةِ إليه عندَ الشَّهادةِ فإذا كان أعمَى عندَ الأداءِ لا يَعْرِفُ المشهودَ له من غيرِه، فلا يَقْدِرُ على أداءِ الشَّهادةِ.

وَمنها: النُّطْقُ فلا تُقْبَلُ شهادةُ الأخْرَسِ، لأن مُراعاةَ لفظ الشَّهادةِ شرطُ صِحّةِ أدائها [٢]، ولا عِبارةَ للأخْرَسِ أصلاً فلا شهادةَ له.

وَمنها: العَدالةُ، لِقَبولِ الشَّهادةِ على الإطْلاقِ فإنّها لا تُقْبَلُ على الإطْلاقِ بدونها، لقوله تعالى [في آية الشهادة] [٣]: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢] والشّاهدُ المَرْضيُّ هو الشّاهدُ العَدْلُ، والكَلامُ في العَدالةِ في مَواضِعَ في بيانِ ماهيّةِ العَدالةِ أنّها ما هي في عُرْفِ الشّرعِ، وفي بيانِ صِفةِ العَدالةِ المشروطةِ [٤]، وفي بيانِ [كيفية هذا الشرط] [٥] أنّها شرطُ أصلِ القَبولِ وُجودًا، أم شرطُ القَبولِ على الإطْلاقِ وُجودًا ووُجوبًا؟

امّا الأوّل: فقد اختَلَفَتْ عِباراتُ مَشايِخِنا - رحمهم الله - في ماهيّةِ (العَدالةِ المُتَعارَفةِ) [٦] قال بعضُهم: مَنْ لم يُطْعن عليه في بَطْنٍ ولا فَرْجٍ فهو عَدْلٌ، لأن أكثرَ أنْواعِ الفسادِ [والشَّرِّ] [٧] يرجعُ [٨] إلى هذَيْنِ العُضْوَيْنِ.

وقال بعضهم: مَنْ لم يُعْرَفْ عليه جَريمةٌ [٩] في دينِه فهو عَدْلٌ، وقال بعضُهم: مَنْ

(١) في المخطوط: «بالإجماع».
(٢) في المخطوط: «أداء الشهادة».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «المشروعة».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «العدل المتعارف في الشرع».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «ترجع».
(٩) في المخطوط: «حرمة».

غَلَبَتْ حَسَناتُه [٤/ ٨٧ب] سَيِّئاتِه فهو عَدْلٌ وقد رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ أنّه قَالَ: «إذَا رَأيتُم الرّجلَ يَعْتَادُ الصَّلَاةَ فِي المَسَاجِدِ فاشْهَدُوا له بالإيمَانِ» [١]. ورُوِيَ: «مَنْ صَلَّى إلى قِبْلَتِنَا وأكَلَ ذَبِيحَتَنَا فاشْهَدُوا له بالإيمَانِ». وقال بعضُهم: مَنْ يجْتَنِبُ الكَبائرَ وأدَّى الفرائضَ وغَلَبَتْ حَسَناتُه سَيِّئاتِه فهو عَدْلٌ وهو اختيارُ أُسْتاذِ أُسْتاذي الإمامِ فخْرِ الدّينِ عَليٍّ البَزْدَوِيِّ رحمه [٢] الله تعالى.

واختُلِفَ في ماهيّةِ الكَبائرِ والصّغائرِ، قال بعضُهم: «ما فيه حَدٌّ في كِتابِ اللّه عَزَّ وجَلَّ فهو كبيرةٌ، وما لا حَدَّ فيه فهو صَغيرةٌ»، وهذا ليس بسَديدٍ؛ فإنّ شُرْبَ الخمْرِ، وأكلَ الرِّبا كبيرَتانِ، ولا حَدَّ فيهما في كِتابِ اللَّهِ- تعالى-.

وقال بعضُهم: «ما يوجِبُ [٣] الحدَّ فهو كبيرةٌ، وما لا يوجِبُه [٤] فهو صَغيرةٌ»، وَهذا يَبْطُلُ أيضًا بأكلِ الرِّبا فإنّه كبيرةٌ ولا يوجِبُ الحدَّ، وكذا يَبْطُلُ [أيضًا] [٥] بأشْياءَ أُخَرَ [٦]، هي كبائرُ ولا توجِبُ الحدَّ، نحوُ عُقوقِ الوالِدَيْنِ والفِرارِ من الزَّحْفِ ونحوِها.

وقال بعضُهم: كُلُّ ما جاءَ مقرونًا بوَعيدٍ فهو كبيرةٌ، نحوُ قَتْلِ النّفْسِ المُحَرَّمةِ، وقَذْفِ المُحْصَناتِ، (والزِّنا، والرِّبا) [٧]، وأكلِ مالِ اليَتيم، والفِرارِ من الزَّحْفِ، وهو مَرْوِيٌّ عن عبدِ اللَّه بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما وقيلَ له [٨]: إنّ عبدَ اللَّه ابنَ [سَيِّدِنا] [٩] عُمَرَ- رضي الله عنهما- قال: الكَبائرُ سَبْعٌ، فقال هي إلى سَبْعينَ أقرَبُ، ولَكِنْ لا كبيرةَ مع تَوْبةٍ، ولا صَغيرةَ مع إصْرارٍ.

وَرُوِيَ عن الحسَنِ عن النّبِيِّ ﷺ أنّه قَالَ: «مَا تَقُولُونَ [١٠] فِي الزِّنَا والسَّرِقةِ وشُرْبِ الخمْرِ»، قَالُوا: اللَّه ورَسُولُه أعلمُ، قَالَ ﷺ: «هُنَّ فَوَاحِشُ وفِيهِنَّ عُقُوبَةٌ» [١١].

---

(١) ضعيف: أخرجه الترمذي، كتاب تفسير القرآن، باب: ومن سورة التوبة، برقم (٣٠٩٣)، وابن ماجه، برقم (٨٠٢)، وأحمد، برقم (٢٧٣٢٥)، والدارمي، برقم (١٢٢٣)، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، انظر: ضعيف الترغيب والترهيب، رقم (٢٠٣).

(٢) في المخطوط: «رحمهما».

(٣) في المخطوط: «أوجب».

(٤) في المخطوط: «يوجب».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «أخرى».

(٧) في المخطوط: «وأكل الربا والزنا».

(٨) في المخطوط: «لعبد الله بن عباس».

(٩) ليست في المخطوط.

(١٠) في المخطوط: «يقولون».

(١١) صحيح: أخرجه مالك، برقم (٤٠٣)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٠٩)، والشافعي في مسنده (١/ ١٦٣)، وعبد الرزاق في مصنفه (٢/ ٣٧١)، برقم (٣٧٤٠) من حديث النعمان بن مرة الزرقي رضي الله

ثُمَّ قَالَ ﷺ: «ألا أُنبِّئُكُم بأكبرِ الكَبائرِ»، فقَالُوا: بَلى يَا رَسُولَ اللَّه، فقَالَ ﷺ: «الإشْرَاكُ باللَّه وعُقُوقُ الوالِدَيْنِ» وكَانَ ﷺ مُتَّكِئًا فجَلَسَ ثُمَّ قَالَ: «ألا وقولُ الزُّورِ، ألا وقولُ الزُّورِ، (ألا وقولُ الزُّورِ)[١]»[٢].

فإذا عَرَفْت تفسيرَ العَدالةِ في عُرْفِ الشّرعِ فلا عَدالةَ لِشارِبِ الخمْرِ، لأن شُرْبَه[٣] كبيرةٌ فتسقُطُ[٤] به العَدالةُ ومن مَشايِخِنا[٥] مَنْ قال: إذا كان الرّجلُ صالِحًا في أُمورِه تَغْلِبُ حَسَناتُه سَيِّئاتِه، ولا يُعْرَفُ بالكذِبِ، ولا بشيءٍ من الكَبائرِ غيرَ أنّه يَشْرَبُ الخمْرَ أحْيانًا لِصِحّةِ البَدَنِ والتّقوّي، لا لِلتَّلَهّي- يكونُ عَدْلاً، وعامّةُ مَشايِخِنا على أنّه لا يكونُ عَدْلاً؛ لأن شُرْبَ[٦] الخمْرِ كبيرةٌ مَحْضةٌ، وإنْ كان لِلتَّقوّي[٧].

وَمَنْ شَرِبَ النّبيذَ لا تسقُطُ عَدالَتُه بنفسِ الشُّرْبِ، لأن شُرْبَه لِلتَّقوّي دونَ التّلَهّي حَلالٌ، وأمّا السُّكْرُ منه، فإنْ كان وقَعَ منه[٨] مَرّةً، وهو لا يَدْري أو وقَعَ سَهْوًا، لا تسقُطُ عَدالَتُه، وإنْ كان يُعْتادُ السُّكْرَ منه تسقُطُ عَدالَتُه، لأن السُّكْرَ منه حَرامٌ، ولا عَدالةَ لِمَنْ (يَحْضُرُ مجلِسَ الشُّرْبِ)[٩] ويجْلِسُ بينهم، وإنْ كان لا يَشْرَبُ؛ لأن (حُضورَه)[١٠] مجلِسَ الفِسْقِ فِسْقٌ. وَلا عَدالةَ لِلنّائحِ والنّائحةِ؛ لأن فعلَهما[١١] مَحْظورٌ، وأمّا المُغَنّي فإنْ كان يجْتَمِعُ النّاسُ عليه للفِسْقِ بصَوْتِه، فلا عَدالةَ له وإنْ كان هو لا يَشْرَبُ؛ لأنه رَأسُ الفسَقةِ، وإنْ كان يَفْعَلُ ذلك مع نفسِه لِدَفْعِ الوحْشةِ، لا تسقُطُ عَدالَتُهُ؛ لأن ذلك مِمّا لا بَأسَ بِهِ؛ لأن السَّماعَ مِمّا يُرَقِّقُ القُلوبَ لَكِنْ لا يَحِلُّ الفِسْقُ به.

وَأمّا الذي يَضْرِبُ شيئًا من المَلاهي فإنّه يُنْظَرُ إنْ لم يَكُنْ مُسْتَشْنَعًا كالقَصَبِ والدُّفِّ ونحوِه لا بَأسَ به، ولا تسقُطُ عَدالَتُه، وإنْ كان مُسْتَشْنَعًا كالعودِ ونحوِه سَقَطَتْ عَدالَتُهُ؛

عنه، انظر صحيح الترغيب والترهيب، رقم (٥٣٤).

(١) في المخطوط: «وقاله ثلاثًا».

(٢) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب الأدب، باب: عقوق الوالدين من الكبائر، برقم (٥٩٧٦)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب: بيان الكبائر وأكبرها، برقم (٨٧)، من حديث أبي بكرة رضي الله عنه.

(٣) في المخطوط: «شرب الخمر».

(٤) في المخطوط: «فسقطت».

(٥) في المخطوط: «أصحابنا».

(٦) في المخطوط: «شربة».

(٧) في المخطوط: «للتداوي».

(٨) في المخطوط: «له».

(٩) في المخطوط: «حضر مجلس شرب الخمر».

(١٠) في المخطوط «حضور».

(١١) في المخطوط: «فعل النياحة».

لأنه لا يَحِلُّ بوجهٍ من الوُجوه.

والذي يَلْعَبُ بالحمامِ فإنْ كان لا يُطَيِّرُها لا تسقُطُ عَدالَتُه، وإنْ كان يُطَيِّرُها تسقُطُ [١] عَدالَتُه، لأنه يَطَّلِعُ على عَوْراتِ النِّساءِ ويَشْغَلُه ذلك [٢] عن الصّلاةِ [٣] والطّاعاتِ.

وَمَنْ يَلْعَبُ بالنَّرْدِ فلا عَدالةَ له.

وكذلك مَنْ يَلْعَبُ بالشِّطْرَنْجِ ويَعْتادُه [٤] فلا عَدالةَ له، وإنْ أباحَه بعضُ النّاس لِتَشْحيذِ الخاطِرِ وتَعَلُّمِ أمرِ [٥] الحرْبِ؛ لأنه [٦] حَرامٌ عندَنا لِكَوْنِه لَعِبًا.

[وقد] [٧] قَالَ ﷺ: «**كُلُّ لَعِبٍ حَرَامٌ إلَّا مُلَاعَبَةَ الرّجلِ أهلَه وتَأديبَه فرَسَه ورَمْيَه عن قَوْسِهِ**» [٨] وكذلك إذا اعتادَ ذلك يَشْغَلُه عن الصّلاةِ [٩] والطّاعاتِ، فإنْ كان يَفْعَلُه أحْيانًا ولا يُقامِرُ به لا تسقُطُ عَدالَتُه.

وَلا عَدالةَ لِمَنْ يدخلُ الحمّامَ بغيرِ مِئْزَرٍ، لأن سَتْرَ العَوْرةِ فريضةٌ.

وَمَنْ تَرَكَ الصّلاةَ [١٠] بالجماعاتِ استِخْفافًا بها وهَوانًا بتَرْكِها، فلا عَدالةَ لهُ؛ لأن الجماعةَ واجبةٌ.

وإنْ كان تَرَكَها عن تَأويلٍ بأنْ كان الإمامُ غيرَ مَرْضيٍّ عندَه [٤/ ٨٨أ]، لا تسقُطُ عَدالَتُه، ولا عَدالةَ لِمَنْ يَفْجُرُ بالنِّساءِ، أو يعملُ بعملِ قَوْمِ لوطٍ، ولا لِلسّارِقِ وقاطِعِ الطَّريقِ والمُتَلَصِّصِ [١١] وقاذِفِ المُحْصَناتِ وقاتِلِ النَّفْسِ المُحَرَّمةِ وآكِلِ الرِّبا ونحوِهِ؛ لأن هذه الأشياء من رُءوسِ الكَبائرِ.

وَلا عَدالةَ للمُخَنَّثِ، لأن [فعلَه و] [١٢] عملَه كبيرةٌ، ولا عَدالةَ لِمَنْ لم يُبالِ من أينَ

---

(١) في المخطوط: «سقطت».
(٢) في المخطوط: «أيضًا».
(٣) في المخطوط: «الصلوات».
(٤) في المخطوط: «واعتاد ذلك».
(٥) في المخطوط: «أمور».
(٦) في المخطوط: «لأن ذلك».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) لم أقف عليه بهذا اللفظ، ولكن أخرجه الترمذي بنحوه بسند ضعيف في كتاب فضائل الجهاد، باب: ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله، برقم (١٦٣٧)، وكذا ابن ماجه، برقم (٢٨١١)، وأحمد، برقم (١٦٨٤٩)، والدارمي، برقم (٢٤٠٥)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢١٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٣٠٣)، والحكيم الترمذي في نوادره (٤/ ٢٣٥)، انظر ضعيف جامع الترمذي.
(٩) في المخطوط: «الصلوات».
(١٠) في المخطوط: «الصلوات».
(١١) في المخطوط: «واللص».
(١٢) ليست في المخطوط.

يَكْتَسِبُ الدَّراهمَ، من أيِّ وجهٍ كان، لأن مَنْ هذا حالُه لا (يُأمَنُ منه) [١] أنْ يَشْهَدَ زورًا، طَمَعًا في المالِ.

والمَعْروفُ بالكذِبِ لا عَدالةَ له، ولا تُقْبَلُ شهادَتُه أبَدًا وإنْ تابَ، لأن مَنْ صارَ مَعْروفًا بالكذِبِ واشْتُهِرَ به لا يُعْرَفُ صِدْقُه في تَوْبَتِه بخلافِ الفاسقِ إذا تابَ عن سائرِ أنْواعِ الفِسْقِ تُقْبَلُ شهادَتُه.

وكذا مَنْ وقَعَ في الكذِبِ سَهْوًا وابْتُلِيَ به مَرّةً ثُمَّ تابَ؛ لأنه قَلَّ ما يخلو مسلمٌ عن ذلك فلو مُنِعَ القَبولُ لانسَدَّ بابُ الشَّهادةِ.

وَأمّا الأقلَفُ فتُقْبَلُ شهادَتُه إذا كان عَدْلاً، ولم يَكُنْ تَرْكُه الخِتانَ رَغْبةً عن السُّنّةِ لِعُموماتِ الشَّهادةِ؛ ولأن إسلامَه إذا كان في حالِ الكِبَرِ فيجوزُ أنّه خافَ على نفسِه التّلَفَ، فإنْ لم يَخَفْ ولم يختَتِنْ تاركًا لِلسُّنّةِ لم تُقْبل شهادَتُه، كالفاسقِ والذي يَرْتكِبُ المَعاصيَ: أنّ شهادَتَه لا تَجوزُ، وإنْ كُنّا لا نَسْتَيْقِنُ [٢] كونَه فاسقًا في تلك الحالِ.

وَتُقْبَلُ شهادةُ ولَدِ الزِّنا إذا كان عَدْلاً لِعُموماتِ الشَّهادةِ، [لأن زِنا الوالِدَيْنِ لا يَقْدَحُ في عَدالَتِه لِقولِه سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام:١٦٤] وما رويَ عنه ﷺ: «ولَدُ الزِّنا أسوَأُ الثَّلاثةِ» [٣] فذا في ولَدٍ مُعَيَّنٍ والله تعالى أعلمُ.

وَتُقْبَلُ شهادةُ الخصيِّ لِعُموماتِ الشَّهادةِ، ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ- رضي الله عنه- أنّه قَبِلَ شهادةَ عَلْقَمةَ الخصيِّ، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ من الصّحابةِ، ولأن الخِصاءَ لا يَقْدَحُ في العَدالةِ فلا يَمْنَعُ قَبولَ الشَّهادةِ] [٤].

وَأمّا شهادةُ صاحبِ الهَوَى إذا كان عَدْلاً في هَواه ودينِه، نُظِرَ في ذلك، إنْ كان هَوًى يُكَفِّرُه لا تُقْبَلُ شهادَتُه، لأن شهادةَ الكافِرِ على المسلمِ غيرُ مقبولةٍ.

وَإنْ كان لا يُكَفِّرُه، فإنْ كان صاحبُ العَصَبيّةِ وصاحبُ الدَّعْوةِ إلى هَواه، أو كان فيه مَجانةٌ لا تُقْبَلُ أيضًا، لأن صاحبَ العَصَبيّةِ والدَّعْوةِ لا يُبالي من الكذِبِ والتّزْويرِ [٥]

---

(١) في المخطوط: «يبالي من». (٢) في المخطوط: «نتيقن».

(٣) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب العتق، باب: في عتق ولد الزنا، برقم (٣٩٦٣)، وأحمد، برقم (٨٠٣٧)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٣٣)، برقم (٢٨٥٣)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٥٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٧١٢٠).

(٤) ليست في المخطوط. (٥) في المخطوط: «الزور».

لِتَرْوِيجِ هَواه، فكان فاسقًا فيه.

وكذا إذا كان فيه مَجانةٌ؛ لأن الماجنَ لا يُبالي من الكذِبِ، فإنْ لم يَكُنْ كذلك وهو عَدْلٌ في هَواه تُقْبَلُ؛ لأن هَواه يَزْجُرُه عن الكذِبِ، إلاّ صِنْفٌ من الرّافِضةِ يُسَمَّوْنَ «بالخطّابيّةِ»، فإنّهم لا شهادةَ لهم؛ لأن من نِحْلَتِهم أنّه تَحِلُّ الشَّهادةُ (لِمَنْ يوافِقُهم على مَنْ يُخالفُهم) [١] وقيلَ من نِحْلَتِهم أنّ مَنِ ادَّعَى أمرًا من الأُمورِ وحَلَفَ عليه كان صادِقًا في دَعْواه، فيَشْهَدونَ له، فإنْ كان هذا مذهَبَهم فلا تَخْلو شهادَتُهم من الكذِبِ.

وَكذا لا عَدالةَ لأهْلِ الإلْهامِ، لأنهم يَحْكُمونَ بالإلْهامِ، فيَشْهَدونَ لِمَنْ يَقَعُ في قُلوبِهم أنّه صادِقٌ في دَعْواه، ومَعْلومٌ أنّ ذلك لا يخلو عن الكذِبِ.

وَلا عَدالةَ لِمَنْ يُظْهِرُ (شَتيمةَ الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم) [٢]؛ لأن شَتيمةَ [٣] واحِدٍ من آحادِ المسلمينَ مُسْقِطةٌ للعَدالةِ، فشَتيمَتُهم أولى.

وَلا عَدالةَ لِصاحبِ المَعْصيةِ [٤] لِقولِه ﷺ: «ليس مِنّا مَنْ مَاتَ على المَعْصِيةِ [٥]».

وَقالَ ﷺ: «مَنْ مَاتَ على المَعْصِيةِ [٦] فهُوَ كحِمَارٍ يرعى بذنبه» فكانت المَعْصيةُ [٧] مَعْصيةً مُسْقِطةً للعَدالةِ.

والأصلُ في هذا الفصلِ [٨] أنّ مَنِ ارتَكَبَ جَريمةً، فإنْ كانت من الكَبائرِ سَقَطَتْ عَدالَتُه إلاّ أنْ يَتوبَ، فإنْ لم تَكُنْ من الكَبائرِ فإنْ أصَرَّ عليها واعتادَ ذلك فكذلك؛ لأن الصّغيرةَ بالإصْرارِ [٩] عليها تَصيرُ كبيرةً قَالَ ﷺ: «لَا صَغِيرةَ مع الإصْرَارِ، ولَا كبِيرةَ مع الاستِغْفَارِ» [١٠] وإنْ لم يُصِرَّ عليها لا تسقُطُ عَدالَتُه، إذا (غَلَبَتْ حَسَناتُه) [١١] سَيِّئاتِه.

وَأمّا بيانُ صِفةِ (العَدالةِ المشروطةِ) [١٢] فقد اختَلَفَ أصحابُنا - رحمهم الله -.

---

(١) في المخطوط: «لموافقيهم على مخالفيهم».
(٢) في المخطوط: «شتم أصحاب رسول الله رضي الله عنهم».
(٣) في المخطوط: «شتمه».
(٤) في المخطوط: «العصبية».
(٥) في المخطوط: «العصبية».
(٦) في المخطوط: «العصبية».
(٧) في المخطوط: «العصبية».
(٨) في المخطوط: «الباب».
(٩) في المخطوط: «مع الإصرار».
(١٠) أورده الديلمي في الفردوس (٥/ ١٩٩)، برقم (٧٩٩٤)، والذهبي في الميزان (٧/ ٣٨١)، وقال الذهبي: خبر منكر.
(١١) في المخطوط: «كانت حسناته غالبة».
(١٢) في المخطوط: «هذا الشرط».

قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: الشّرطُ هو العَدالةُ الظّاهرةُ، فأمّا العَدالةُ الحقيقيّةُ، وهي الثّابتةُ بالسُّؤالِ عن حالِ الشُّهودِ بالتّعْديلِ والتّزْكيةِ- فليستْ بشرطٍ -.

وَقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ- رحمهما الله -: إنّها شرطٌ.

وَلَقَبُ المسألةِ أنّ القَضاءَ بظاهرِ العَدالةِ جائزٌ عندَه، وعندَهما لا يجوزُ، وجُمْلةُ الكَلام فيه أنّه لا خلافَ في أنّه إذا طَعَنَ الخصْمُ في الشّاهدِ أنّه لا يَكْتَفي بظاهرِ العَدالةِ، بل يَسْألُ القاضي عن حالِ الشُّهودِ، وكذا لا خلافَ في أنّه يَسْألُ عن حالِهم في الحُدودِ والقِصاصِ، ولا يَكْتَفي بالعَدالةِ الظّاهرةِ، سَواءٌ طَعَنَ الخصْمُ فيهم أو لم يَطْعن.

واختَلَفوا فيما سِوَى الحُدودِ والقِصاصِ إذا لم يَطْعن الخصْمُ.

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يَسْألُ، وقالا: يَسْألُ، من [1] مَشايِخِنا مَنْ قال: هذا [الاختِلافُ] [2] اختِلافُ زَمانٍ لا اختِلافَ حَقيقةٍ؛ لأن زَمَنَ أبي حنيفة - رحمه الله - كان من [3] أهْلِ خَيْرٍ وصَلاحٍ؛ لأنه زَمَنُ التّابِعينَ، وقد شَهِدَ لهمُ النّبِيُّ ﷺ بالخيْريّةِ بقولِهِ: «خَيرُ القُرُونِ قَرْنِي (الذِي أنَا فِيه) [4]، ثُمَّ الذِينَ يَلُونَهم، ثُمَّ الذِينَ يَلُونَهم ثُمَّ يَفْشُو الكذِبُ»... الحديثَ [5]، فكان الغالِبُ [٤/ ٨٨ب] في أهْلِ زَمانِه الصّلاحَ والسَّدادَ، فوَقَعَتِ الغُنْيةُ عن السُّؤالِ عن حالِهم في السِّرِّ، ثُمَّ تَغَيَّرَ الزَّمانُ وظَهَرَ الفسادُ في قَرْنِهما فوَقَعَتِ الحاجةُ إلى السُّؤالِ عن العَدالةِ، فكان اختِلافُ جوابِهم لاختِلافِ الزَّمانِ، فلا يكونُ اختِلافًا حَقيقةً، ومنهم مَنْ حَقَّقَ الخلافَ.

وجه قولِهما أنّ العَدالةَ الظّاهرةَ تَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لا للإثْباتِ لِثُبوتِها باستِصْحابِ الحالِ دونَ الدَّليلِ، والحاجةُ ههنا إلى الإثْباتِ وهو إيجابُ القَضاءِ، والظّاهرُ لا يَصْلُحُ حُجّةً له فلا بُدَّ

---

(١) في المطبوع: «عن». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «زمن».

(٤) في المخطوط: «الذين أنا فيهم».

(٥) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، برقم (٢٦٥٢)، ومسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب: فضل الصحابة رضي الله تعالى عنهم...، برقم (٢٥٣٣)، والترمذي واللفظ له، كتاب الشهادات، برقم (٢٣٠٢)، وأحمد، برقم (٤١١٩) من حديث عبد الله بن مسعود عدا الترمذي فأخرجه من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومن حديث جعدة بن هبيرة أخرجه الحاكم في المستدرك (٣/ ٢١١)، برقم (٤٨٧١)، والطبراني في الكبير (٢/ ٢٨٥)، برقم (٢١٨٧)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ١٤٨)، برقم (٣٨٣).

من إثْباتِ العَدالةِ بدَليلِها، ولأبي حنيفةَ ظاهرُ قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾ [البقرة:١٤٣] أي عَدْلاً.

وَصَفَ اللّه- سبحانه وتعالى- مُؤمِني هذِه الأُمّةِ بالوساطةِ، وهي العَدالةُ، وقال سَيِّدُنا عُمَر - رضي الله تعالى عنه-: المسلمون عُدولٌ بعضُهم على بعضٍ [١]، فصارَتِ العَدالةُ أصلاً في المُؤمِنينَ، وزَوالُها بعارِضٍ، ولأن العَدالةَ الحقيقيّةَ مِمّا لا يُمْكِنُ الوُصولُ إليها [٢] فتَعَلَّقَ الحُكْمُ بالظّاهرِ، وقد ظَهَرَتْ عَدالَتُهم قبلَ السُّؤالِ عن حالِهم فيجبُ الاكتِفاءُ به، إلاّ (أنْ يَطْعَنَ) [٣] الخصْمُ؛ لأنه إذا طَعَنَ الخصْمُ وهو صادِقٌ في الطَّعْنِ فيَقَعُ التّعارُضُ بين الظّاهرَيْنِ، فلا بُدَّ من التّرْجيحِ بالسُّؤالِ، والسُّؤالُ في الحُدودِ والقِصاصِ طريقٌ لِدرْئِها، والحُدودُ يُحْتالُ (فيها لِلدَّرْءِ) [٤]، ولو طَعَنَ المشهودُ عليه في حُرّيّةِ الشّاهدَيْنِ وقال: إنّهما رَقيقانِ، وقالا: نَحْنُ حُرّانِ، فالقولُ قولُه حتّى تَقومَ لهما البَيِّنةُ على حُرّيّتِهما؛ لأن الأصلَ في بَني آدَمَ - وإنْ كان هو الحُرّيّةَ لِكَوْنِهم أولادَ آدَمَ وحَوّاءَ عليهما الصلاة والسلام وهما حُرّانِ - لَكِنّ الثّابِتَ بحُكْمِ استِصْحابِ الحالِ لا يَصْلُحُ للإلْزامِ على الخصْمِ، ولا بُدَّ من إثْباتِها بالدّلائلِ.

والأصلُ فيه أنّ النّاسَ كُلَّهم أحْرارٌ إلاّ في أرْبَعةٍ: الشّهاداتِ والحُدودِ والقِصاصِ والعَقْلِ، هذا إذا كانا مجهولي النّسَبِ لم تُعْرَفْ حُرّيّتُهما ولم تَكُنْ ظاهرةً مشهورةً، بأنْ كانا من الهِنْدِ (أو التُّرْكِ) [٥] أو غيرِهم مِمَّنْ لا تُعْرَفُ حُرّيّتُه أو كانا عَرَبيَّيْنِ.

فَأمّا إذا لم يكونا مِمَّنْ يجْري عليه الرِّقُّ، فالقولُ قولُهما ولا يَثْبُتُ رِقُّهما إلاّ بالبَيِّنةِ.

وَأمّا بيانُ أنّ العَدالةَ شرطُ قَبولِ أصلِ الشّهادةِ وُجودًا، أم شرطُ القَبولِ مُطْلَقًا [٦] وُجوبًا ووُجودًا، فقد اخْتُلِفَ فيه، قال أصحابُنا - رحمهم الله -: إنّها شرطُ القَبولِ لِلشّهادةِ وُجودًا على الإطْلاقِ ووُجوبًا لا شرطَ أصلِ القَبولِ حتّى يَثْبُتَ القَبولُ بدونِه في الجملةِ لكن لا يثبتُ لا مَحالةَ، ولا يجبُ القبولُ أصلاً بدونه.

---

(١) صحيح: أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٦)، برقم (١٥)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٥٠) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل، رقم (٢٦٣٤).

(٢) في المخطوط: «إليه».

(٣) في المخطوط: «إذا طعن».

(٤) في المخطوط: «للدرئها».

(٥) في المخطوط: «ومن الأتراك».

(٦) في المخطوط: «على الإطلاق».

وقال الشافعيُ رحمه الله: إنّها شرطُ أصلِ القَبولِ لا يَثْبُتُ القَبولُ أصلاً دونَها، حتّى إنّ القاضيَ لو تَحرَّى الصِّدْقَ في شهادةِ الفاسقِ [يجوزُ] [١] له (قَبولُ شهادَتِه) [٢]، ولا يجوزُ القَبولُ من غيرِ تَحَرٍّ بالإجماعِ.

وَكذا لا يجبُ عليه القَبولُ بالإجماعِ، وله أنْ يَقْبَلَ شهادةَ العَدْلِ من غيرِ تَحَرٍّ، وإذا شَهِدَ يجبُ عليه القَبولُ.

وَهذا هو الفصلُ بين شهادةِ العَدْلِ وبين شهادةِ الفاسقِ عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ- عليه الرَّحْمةُ- لا يجوزُ للقاضي أنْ يَقْضيَ بشهادةِ الفاسقِ أصلاً، وكذا يَنْعَقِدُ النِّكاحُ بشهادةِ الفاسقَيْنِ عندَنا [٣]، وعندَه لا يَنْعَقِدُ [٤].

وجه قولِ الشّافعيِّ- رحمه الله-: أنّ مَبنَى قَبولِ الشَّهاداتِ على الصِّدْقِ، ولا يَظْهَرُ الصِّدْقُ إلاّ بالعَدالةِ، لأن خَبَرَ مَنْ ليس بمَعْصومٍ عن الكذِبِ يحتملُ الصِّدْقَ والكذِبَ، ولا يَقَعُ التّرْجيحُ إلاّ بالعَدالةِ، واحتَجَّ في انعِقادِ النِّكاح بقولِه ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بوَلِيٍّ وشَاهِدَيْ عَدْلٍ» [٥].

ولنا عُموماتُ [٦] قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة:٢٨٢] وقولِه ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بشُهُودٍ» [٧] والفاسقُ شاهدٌ، لِقولِهِ- سبحانه وتعالى-: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أن تقبل شهادته».
(٣) انظر في مذهب الأحناف: المبسوط (١٦/ ١٣٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ٣٦٣)، شرح فتح القدير (٧/ ٣٧٥-٣٧٦)، البناية (٨/ ١٣٤، ١٣٥)، رد المحتار (٥/ ٤٧٢، ٤٧٣)، ملتقى الأبحر (٢/ ٨٤-٨٥).
(٤) مذهب الشافعية: أنه لا يصح الحكم بشهادة الفاسق. انظر: الوسيط (٧/ ٣٠٥)، الروضة (١١/ ١٥٦)، مغني المحتاج (٤/ ٤٢٧).
(٥) صحيح: أخرجه ابن حبان (٩/ ٣٨٦)، برقم (٤٠٧٥)، والدارقطني (٣/ ٢٢٦)، برقم (٢٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٢٥)، برقم (١٣٤٩٦)، والطبراني في الأوسط (٩/ ١١٧)، برقم (٩٢٩١) من حديث عائشة رضي الله عنها، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٧٥٥٧). ومن حديث عمران بن حصين وبسند صحيح، أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ١٢٥)، والطبراني في الكبير (١٨/ ١٤٢)، برقم (٢٩٩)، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/ ١٩٦)، برقم (١٠٤٧٣)، وذكره الذهبي في الميزان (٤/ ١٩٦)، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٧٥٥٧).
(٦) في المخطوط: «عموم».
(٧) أثر صحيح: أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ١١١) برقم (١٣٤٢٣) من قول علي بن أبي طالب - رضي الله عنه -. انظر صحيح جامع الترمذي.

ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢] قَسَّمَ الشُّهودَ (١) إلى مَرْضيّينَ وغيرِ مَرْضيّينَ، فيَدُلُّ على كونِ غيرِ المَرْضيِّ- وهو الفاسقُ- شاهدًا؛ ولأن حَضْرةَ الشُّهودِ في بابِ النّكاحِ لِدَفْعِ تُهْمةِ الزِّنا- لا للحاجةِ إلى شهادَتِهم عندَ الجُحودِ والإنْكارِ؛ لأن النّكاحَ يَشتهِرُ بعدَ وُقوعِهِ- فيُمْكِنُ دَفْعُ الجُحودِ والإنْكارِ بالشَّهادةِ بالتّسامُعِ، والتُّهْمةُ تَنْدَفِعُ بحَضْرةِ الفاسقِ (٢) فيَنْعَقِدُ النّكاحُ بحَضْرَتِهم.

وأما قولُه: «الرُّكْنُ في الشَّهادةِ هو صِدقُ الشّاهدِ» فَنَعَمْ، لَكِنّ الصِّدْقَ لا يَقِفُ على العَدالةِ لا مَحالةَ، فإنّ من الفَسَقةِ مَنْ لا يُبالي بارتِكابِه أنْواعًا من الفِسْقِ، ويَسْتَنْكِفُ عن الكذِبِ، والكَلامُ في فاسقٍ تَحَرَّى القاضي الصِّدْقَ في شهادَتِه فغَلَبَ على ظَنِّه صِدْقُه - ولو لم يَكُنْ كذلك - لا يجوزُ القَضاءُ بشهادَتِه عندَنا.

وَأمّا الحديثُ فقد رُوِيَ عن بعضِ نَقَلةِ الحدِيثِ أنّه [قَالَ] (٣): لم يَثْبُتْ عن رَسُولِ [٤/ ٨٩أ] اللَّه ﷺ ولَنْ يَثْبُتَ، فلا حُجّةَ له فيه بل هو حُجّةٌ عليهِ؛ لأنه ليس فيه جَعْلُ العَدالةِ صِفةً لِلشّاهدِ؛ لأنه لو كان كذلك لَقال: لا نِكاحَ إلاّ بوَليٍّ وشاهدَيْنِ عَدْلينِ، بل هذا إضافةُ الشّاهدَيْنِ إلى العَدْلِ، وهو كلِمةُ التّوْحيدِ فكأنّه قال ﷺ: «لا نِكاحَ إلّا بوَليٍّ» مُقابِلي كلِمةِ العَدْلِ، وهي كلِمةُ الإسلامِ، والفاسقُ مسلمٌ فيَنْعَقِدُ النّكاحُ بحَضْرَتِه.

ومنها: أنْ لا يكونَ مَحْدودًا في قَذْفٍ (٤) عندَنا (٥) وهو شرطُ الأداءِ.

وَعندَ الشّافعيِّ - رحمه الله- ليس بشرطٍ (٦).

واحتَجَّ بعُموماتِ الشَّهادةِ من غيرِ فصلٍ؛ لأن المانِعَ هو الفِسْقُ بالقَذْفِ، وقد زالَ بالتّوْبةِ.

وَلنا: قوله تعالى جَلَّ وعَلا: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور:٤] «الآيةَ» نَهَى سبحانه وتعالى عن قَبولِ شهادةِ الرّامي على التّأبيدِ، فيَتَناوَلُ زَمانَ ما بعدَ التّوْبةِ، وبه تَبَيَّنَ أنّ المَحْدودَ في

(١) في المخطوط: «الشهداء».
(٢) في المخطوط: «الفساق».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «القذف».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٦٦، ٣٣٢)، المبسوط (٩/ ٧٠)، (١٦/ ١٢٥)، تحفة الفقهاء (٣/ ٣٢٦)، رؤوس المسائل (ص ٥٣٦)، شرح فتح القدير (٧/ ٤٠٠-٤٠١)، البناية (٨/ ١٦٣-١٦٤).
(٦) مذهب الشافعية: أنه إذا أقيم عليه الحد ثم تاب تقبل شهادته. انظر: مختصر المزني (ص ٣٠٤)، حلية العلماء (٨/ ٢٣٥)، الوسيط في المذهب (٧/ ٣٦١)، المنهاج (ص ١٥٣)، المغني (٩/ ١٩٧).

القَذْفِ مَخصوصٌ من عُموماتِ الشَّهادةِ عملاً بالنُّصوصِ كُلِّها صيانةً لها عن التّناقُضِ.

وكذلك الذِّمّيُّ إذا قَذَفَ مسلمًا فحُدَّ حَدَّ القَذْفِ لا تُقْبَلُ شهادَتُه على أهْلِ الذِّمّةِ، فإنْ أسْلَمَ جازَتْ شهادَتُه عليهم وعلى المسلمينَ، وبِمثْلِه العبدُ المسلمُ إذا قَذَفَ حُرًّا (ثُمَّ حُدَّ) [١] حَدَّ القَذْفِ، ثُمَّ عَتَقَ لا تُقْبَلُ شهادَتُه أبَدًا، وإنْ أُعْتِقَ [٢].

ووجه الفرْقِ أنّ إقامةَ الحدِّ توجِبُ بُطْلانَ شهادةٍ كانت للقاذِفِ قبلَ الإقامةِ والثّابِتُ لِلذِّمّيِّ قبلَ إقامةِ الحدِّ شهادَتُه على أهْلِ الذِّمّةِ، لا على أهْلِ الإسلامِ، فتَبْطُلُ تلك الشَّهادةُ بإقامةِ الحدِّ، فإذا أسْلَمَ فقد حَدَثَتْ له بالإسلامِ شهادةٌ غيرُ مَرْدودةٍ، وهي شهادته [٣] على أهْلِ الإسلامِ، لأنها لم تَكُنْ له لِتَبْطُلَ بالحدِّ فتُقْبَلُ هذِه الشَّهادةُ، ثُمَّ من ضرورةِ قَبولِ شهادَتِه على أهْلِ الإسلامِ قَبولُ شهادَتِه على أهْلِ الذِّمّةِ بخلافِ العبدِ، لأن العبدَ من أهْلِ الشَّهادةِ، وإنْ لم تَكُنْ له شهادةٌ مقبولةٌ؛ لأن له عَدالةَ الإسلامِ، والحدُّ أبطَلَ ذلك على التّأبيدِ.

وَلو ضُرِبَ الذِّمّيُّ بعضَ الحدِّ فأسْلَمَ، ثُمَّ ضُرِبَ الباقيَ تُقْبَلُ شهادَتُهُ؛ لأن المُبْطِلَ لِلشَّهادةِ إقامةُ الحدِّ في حالةِ [٤] الإسلامِ، ولم توجَدْ [٥]؛ لأن الحدَّ اسمٌ للكُلِّ فلا يكونُ البعضُ حَدًّا؛ لأن الحدَّ لا يَتَجزَّأُ، وهذا جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ.

وَذَكَرَ الفقيه أبو اللَّيْثِ رحمه الله رِوايَتَيْنِ أُخريَيْنِ [٦]، فقال في رِوايةٍ: «لا تُقبَلُ شهادَتُه»، [وفي رِوايةٍ: تُقْبَلُ شهادَتُه] [٧]، ولو [٨] ضُرِبَ سَوْطًا واحدًا في الإسلام، لأن السّياطَ المُتَقَدِّمةَ تَوَقَّفَ كونُها حَدًّا على وُجودِ السَّوْطِ [٩] الأخيرِ، وقد وُجِدَ كمالُ الحدِّ في حالةِ الإسلامِ، وفي رِوايةٍ اعْتُبِرَ الأكثرُ: إنْ وُجِدَ أكثرُ الحدِّ في حالِ الإسلامِ تَبْطُلُ شهادَتُه وإلاّ، فلا؛ لأن للأكثرِ حُكْمَ الكُلِّ في الشّرعِ.

والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ، لِما ذَكَرْنا أنّ الحدَّ اسمٌ للكُلِّ، وعندَ ضرْبِ السَّوْطِ الأخيرِ تبَيَّنَ أنّ السّياطَ كُلَّها كانت حَدًّا، ولم يوجَدِ الكُلُّ (في حالِ) [١٠] الإسلامِ، بل

---

(١) في المخطوط: «فَحُدَّ».
(٢) في المخطوط: «عتق».
(٣) في المطبوع: «شهادة».
(٤) في المخطوط: «حال».
(٥) في المخطوط: «يوجد».
(٦) في المخطوط: «أخراوين».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «إن».
(٩) في المخطوط: «الشرط».
(١٠) في المخطوط: «حالة».

البعضُ فلا تُرَدُّ به الشَّهادةُ الحادِثةُ بالإسلامِ.

هذا إذا شَهِدَ بعدَ إقامةِ الحدِّ وبعدَ التَّوْبةِ، فأمّا إذا شَهِدَ بعدَ التَّوْبةِ قبلَ إقامةِ الحدِّ، فتُقْبَلُ شهادَتُه بالإجماعِ، ولو شَهِدَ بعدَ إقامةِ الحدِّ قبلَ التَّوْبةِ لا تُقْبَلُ شهادَتُه بالإجماعِ، ولو شَهِدَ قبلَ التَّوْبةِ وقبلَ إقامةِ الحدِّ فهي مسألةُ شهادةِ الفاسقِ وقد مَرَّتْ.

وأمّا النِّكاحُ بحَضْرةِ المَحْدودينَ في القَذْفِ فيَنْعَقِدُ بالإجماعِ، أمّا عندَ الشّافعيِّ - رحمه الله - فلأن له شهادةَ أداءٍ، فكانت له شهادةٌ سَماعًا.

وَأمّا عندَنا؛ فلأن حَضْرةَ الشُّهودِ لَدَى النِّكاح ليستْ لِدَفْعِ الجُحودِ والإنْكارِ لاندِفاعِ الحاجةِ بالشَّهادةِ بالتّسامُعِ، [بل لِرَفْعِ ريبةِ الزِّنا والتُّهْمةِ به، وذا يُجْعَلُ بحَضْرةِ المَحْدودينَ في القَذْفِ، فيَنْعَقِدُ النِّكاحُ بحَضْرَتِهم] [(١)]، ولا تُقْبَلُ شهادَتُهم لِلنَّهْيِ عن القَبولِ، والانعِقادُ يَنْفَصِلُ عن القَبولِ في الجُمْلةِ.

وَأمّا المَحْدودُ في الزِّنا والسَّرِقةِ والشُّرْبِ فتُقْبَلُ شهادَتُه بالإجماعِ إذا تابَ؛ لأنه صارَ عَدْلاً، والقياسُ أنْ تُقْبَلَ شهادةُ المَحْدودِ في القَذْفِ إذا تابَ (لولا النَّصُّ الخاصُّ بعَدَمِ القَبولِ على التّأبيدِ) [(٢)].

ومنها: أنْ لا يجُرَّ الشّاهدُ إلى نفسِه مَغْنَمًا، ولا يَدْفَعَ عن نفسِه مَغْرَمًا بشهادَتِه لِقولِه ﷺ: «**لَا شَهَادةَ لِجَارِ المَغنَم ولَا لِدَافعِ المَغرَم**» [(٣)] ولأن شهادَتَه إذا تَضَمَّنَتْ معنى النَّفْعِ والدَّفْعِ فقد صارَ مُتَّهَمًا، ولا شهادةَ للمُتَّهَمِ على لِسانِ رَسولِ اللّه ﷺ؛ ولأنه إذا جَرَّ النَّفْعَ إلى نفسِه بشهادَتِه لم تَقَعْ شهادَتُه لِلّه تعالى - عَزَّ وجَلَّ -، بل لِنفسِه، فلا تُقْبَلُ.

وَعلى هذا تَخْرُجُ شهادةُ الوالِدِ، وإنْ عَلا لِوَلَدِه وإنْ سفَلَ، وعَكْسُه [(٤)] - أنّها غيرُ مقبولةٍ، لأن الوالِدينَ والمولودينَ [٤/ ٨٩ب] يَنْتَفِعُ البعضُ بمالِ البعضِ عادةً، فيَتَحَقَّقُ معنى جَرِّ النَّفْعِ، والتُّهْمةِ، والشَّهادةِ لِنفسِه، فلا تُقْبَلُ.

وذَكَرَ [(٥)] الخصّافُ - رحمه الله - في أدَبِ القاضي عن ﷺ أنّه قالَ: «**لَا تُقبَلُ شَهَادةُ**

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «إلا أن عدم القبول عرف بالنص الخاص».
(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٨/ ٣٢٢)، برقم (١٥٣٧١)، وابن أبي شيبة في مصنفه نحوه (٤/ ٥٣١)، برقم (٢٢٨٥٨) من قول شريح.
(٤) في المخطوط: «وشهادة الولد لوالده».
(٥) في المخطوط: «وقد روى».

الوالِدِ لِوَلَدِه، ولَا الولَدِ لِوَالِدِه، ولَا السَّيِّدِ لِعبدِه، ولَا العبدِ لِسَيِّدِه، ولَا الزَّوْجةِ (١) لِزَوْجِهَا، ولاَ الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ» (٢).

وأمّا سائرُ القَراباتِ، كالأخِ والعَمِّ والخال ونحوِهم فتُقْبَلُ شهادةُ بعضِهم لِبعضٍ؛ لأن هَؤُلاءِ ليس لِبعضِهم تَسَلُّطٌ في مالِ البعضِ، عُرْفًا وعادةً فالتَحقوا بالأجانِبِ، وكذا تُقْبَلُ شهادةُ الوالِدِ من الرَّضاعِ لِوَلَدِه من الرَّضاعِ، وشهادةُ الولَدِ من الرَّضاعِ لِوالِدِه من الرَّضاعِ؛ لأن العادةَ ما جَرَتْ بانتِفاعِ هَؤُلاءِ بعضِهم بمالِ البعضِ (٣) فكانوا كالأجانِبِ، ولا تُقْبَلُ شهادةُ المولى لِعبدِه، ولا شهادةُ العبدِ لِمولاه لِما قُلْنا.

وأمّا شهادةُ أحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِصاحبِه فلا تُقْبَلُ عندَنا (٤).

وعندَ الشّافعيِّ -رحمه الله- تُقْبَلُ (٥)، واحتَجَّ بعُموماتِ الشَّهادةِ من غيرِ تَخْصيصٍ، [من] (٦) نحوُ قوله تعالى- جَلَّ وعَلا-: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة :٢٨٢] وقولِه - عَزَّ شَأنُه: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق :٢] وقولِه -عَظُمَتْ كِبْرياؤُه: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة :٢٨٢] من غيرِ فصلٍ بين عَدْلٍ وعَدْلٍ، ومَرْضيٍّ ومَرْضيٍّ.

ولَنا مَا رَوَيْنَا من النُّصُوصِ من قولِه ﷺ: «لَا شَهَادةَ لِجَارِ المَغْنَم»، ولا شهادةَ للمُتَّهَم، وأحَدُ الزَّوْجَيْنِ بشهادَتِه لِلزَّوْجِ الآخَرِ يجرُّ المَغْنَمَ إلى نفسِه، لأنه يَنْتَفِعُ بمالِ صاحبِه عادةً، (فكان شاهدًا لِنفسِه) (٧)، لِما رَوَيْنا من حَديثِ الخصّافِ- رحمه الله.

وَأمّا العُموماتُ، فنَقولُ بموجِبِها، [لَكِنْ] (٨) لَمّا قُلْتُمْ إنّ أحَدَ الزَّوْجَيْنِ في الشَّهادةِ لِصاحبِه عَدْلٌ ومَرْضيٌّ [وشاهد] (٩)، بل هو مائلٌ ومُتَّهَمٌ لِما قُلْنا، لا (١٠) يكونُ شاهدًا فلا (تَتَناوَلُه العُموماتُ) (١١)، وكذا لا تُقْبَلُ شهادةُ الأجيرِ له في الحادِثةِ (١٢) التي

(١) في المخطوط: «المرأة».
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٥٣١)، برقم (٢٢٨٦٠)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٨٢)، وقال: غريب.
(٣) في المخطوط: «بعض».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٣٥).
(٥) وفي بيان مذهب الشافعية: تجوز شهادة أحد الزوجين للآخر. انظر: المزني (ص ٣١٠).
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «و».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) زيادة من المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «فلا».
(١١) في المخطوط: «يتناوله العموم».
(١٢) في المخطوط: «تجارته».

استَأجَرَه فيها لِما فيه من تُهْمةِ جَرِّ النّفْعِ إلى نفسِه، ولا تُقْبَلُ شهادةُ أَحَدِ الشَّريكينِ لِصاحبِه في مالِ الشَّرِكةِ.

ولو شَهِدَ رجلانِ لِرجلينِ على المَيِّتِ بدَيْنِ ألفِ درهَم، ثُمَّ شَهِدَ المشهودُ لهما لِلشّاهدَيْنِ على المَيّتِ بدَيْنِ ألفِ درهَم، فشهادةُ الفريقَيْنِ باطِلةٌ عندَ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - وأبي يوسفَ - رحمه الله - وعندَ محمّدٍ - رحمه الله - جائزةٌ.

وَعلى هذا الخلافِ لو شَهِدا أنّ المَيّتَ أوصَى لهما بالثُّلُثِ، وشَهِدَ المشهودُ لهما أنّ المَيّتَ أوصَى لِلشّاهدَيْنِ بالثُّلُثِ، ولو شَهِدا أنّ المَيّتَ غَصَبَهما دارًا أو عبدًا وشَهِدَ المشهودُ لهما لِلشّاهدَيْنِ بدَيْنِ ألفِ درهَم، فشهادةُ الفريقَيْنِ جائزةٌ بالإجماعِ.

لِمحمّدٍ -رحمه الله- أنّ كُلَّ فريقٍ يَشْهَدُ لِغيرِه لا لِنفسِه، فلا يكونُ مُتَّهَمًا في شهادَتِه، ولهما أنّ ما يَأخُذُه [1] كُلُّ فريقٍ، فالفريقُ الآخَرُ يُشارِكُه [2] فيه، فكان كُلُّ فريقٍ شاهدًا لِنفسِه بخلافِ ما إذا اختَلَفَ جنسُ المشهودِ به، لأن ثَمّةَ معنى الشَّرِكةِ لا يَتَحَقَّقُ، ومنها: أنْ لا يكونَ خَصْمًا لِقولِه ﷺ: «لَا تَجُوزُ شَهَادةُ خَصْمٍ ولَا ظَنِينٍ» [3] ولأنه إذا كان خَصْمًا فشهادَتُه تَقَعُ لِنفسِه فلا تُقْبَلُ.

وَعلى هذا تَخْرُجُ شهادةُ الوصيِّ للمَيِّتِ واليَتيمِ الذي في حِجْرِه أنها غير مقبولة لأنه خَصْمٌ عنه [4]، وكذا شهادةُ الوكيلِ لِموَكِّلِه لِما قُلْنا.

وَمنها: أنْ يكونَ عالِمًا بالمشهودِ به وقتَ الأداءِ، ذاكِرًا له عندَ أبي حنيفةَ- رحمه الله- وعندَهما [5] ليس بشرطٍ حتّى إنّه لو رَأى اسمَه وخَطَّه وخاتَمَه في الكِتابِ، لَكِنّه لا يَذْكُرُ الشَّهادةَ، (لا يَحِلُّ) [6] له أنْ يَشْهَدَ، ولو شَهِدَ وعَلِمَ القاضي به لا تُقْبَلُ شهادَتُه عندَه، وعندَهما له أنْ يَشْهَدَ، ولو شَهِدَ تُقْبَلُ شهادَتُه.

وجه قولِهما: أنّه لَمّا رَأى اسمَه وخَطَّه وخاتَمَه على الصّكِّ، دَلَّ أنّه تَحَمَّلَ الشَّهادةَ، وهي مَعْلومةٌ في الصّكِّ، فيَحِلُّ له أداؤُها، وإذا أدّاها تُقْبَلُ؛ ولأن النِّسيانَ أمرٌ جُبِلَ عليه الإنسانُ خُصوصًا عندَ طولِ المُدّةِ بالشّيءِ، لأن طولَ المُدّةِ يُنْسي، فلو شَرَطَ تَذَكُّرَ الحادِثةِ

(١) في المخطوط: «يؤديه». (٢) في المخطوط: «يشاركونه».
(٣) أخرجه مالك، برقم (١٤٢٧)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٠١).
(٤) في المطبوع: «فيه». (٥) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٦) في المخطوط: «يجوز».

لأداءِ الشَّهادةِ لانسَدَّ بابُ الشَّهادةِ فيُؤَدّي إلى تَضْييعِ الحُقوقِ، وهذا لا يجوزُ. ولأبي حنيفةَ - رحمه الله - قوله تعالى - جَلَّ شَأنُه: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء:٣٦] وقولُه (عليه الصلاة والسلام لِشَاهِدٍ) [١]: «إذَا عَلِمْتَ مثلَ الشَّمْسِ فاشهَدْ وإلَّا فدَعْ» [٢]، ولا اعتِمادَ على الخطِّ والختْمِ، لأن الخطَّ [قد] [٣] يُشْبِه الخطَّ والختْمُ يُشْبِه الختْمَ ويجْري فيه الاحتيالُ والتّزْويرُ مع ما أنّ الخطَّ لِلتَّذَكُّرِ فخَطٌّ لا يُذْكَرُ، وُجودُه وعَدَمُه بمنزِلةٍ واحدةٍ.

وَعلى هذا الخلافِ إذا وجَدَ القاضي في ديوانِه شيئًا لا يَذْكُرُه- وديوانُه تَحْتَ خَتْمِه [أنّه لا يعملُ به عندَه، وعندهما يعملُ إذا كان تَحْتَ خَتْمِه] [٤].

وعلى هذا الخلافِ إذا عُزِلَ القاضي، ثُمَّ استَقْضَى بعدَما عُزِلَ، فأرادَ أنْ يعملَ بشيءٍ مِمّا يَرَى في ديوانِه الأوّلِ، ولم يَذْكُرْ [٤/ ٩٠أ] ذلك، ليس له ذلك عندَه [٥]، وعندَهما له ذلك، واللّٰه تعالى أعلمُ.

وَأمّا الشَّرائطُ التي تَرْجِعُ إلى نفسِ الشَّهادةِ، فأنْواعٌ: منها لَفْظُ الشَّهادةِ، فلا تُقْبَلُ بغيرِها من الألفاظِ، كلَفْظِ [٦] الإخْبارِ والإعلامِ ونحوِهما، وإنْ كان يُؤَدّي معنى الشَّهادةِ تَعَبُّدًا غيرُ مَعْقولِ المعنى.

ومنها: أنْ تكونَ [٧] موافِقةً لِلدَّعْوَى فيما يُشترَطُ فيه الدَّعْوَى فإنْ خالَفَتْها لا تُقْبَلُ إلاّ إذا وفَّقَ [٨] المُدَّعي بين الدَّعْوَى وبين الشَّهادةِ عندَ إمكانِ التّوْفيقِ، لأن الشَّهادةَ إذا خالَفَتِ الدَّعْوَى فيما يُشترَطُ فيه الدَّعْوَى، وتَعَذَّرَ التّوْفيقُ انفرَدَتْ عن الدَّعْوَى، والشَّهادةُ المُنْفَرِدةُ عن الدَّعْوَى فيما يُشترَطُ نيةِ الدَّعْوَى غيرُ مقبولةٍ.

وبيانُ ذلك في مَسائلَ: إذا ادَّعَى مِلْكًا بسببٍ، ثُمَّ أقامَ البَيِّنةَ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ، لا تُقْبَلُ، وبِمثلِه لو ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا ثُمَّ أقامَ البَيِّنةَ على المِلْكِ بسببٍ، تُقْبَلُ.

وَوجه الفرْقِ أنّ المِلْكَ المُطْلَقَ أعَمُّ من المِلْكِ بسببٍ، لأنه يَظْهَرُ من الأصلِ حتّى

---

(١) في المخطوط: « ﷺ للشاهد».

(٢) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٨٢)، والعجلوني في كشف الخفاء (٢/ ٩٣)، برقم (١٧٨١)، وكذا القرطبي في تفسيره (١٦/ ١٢٣).

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «عند أبي حنيفة».

(٦) في المخطوط: «كلفظة».

(٧) في المخطوط: «يكون».

(٨) في المخطوط: «وافق».

تُسْتَحَقَّ به الزَّوائدُ، والمِلْكُ بسببٍ يَقْتَصِرُ على وقتِ وُجودِ السَّبَبِ، فكان المِلْكُ المُطْلَقُ أعَمَّ، فصارَ المُدَّعي بإقامةِ البيِّنةِ على المِلْكِ المُطْلَقِ مُكذِّبًا شُهودَه في بعضِ ما شَهِدوا به. والتَّوْفيقُ مُتَعَذِّرٌ؛ لأن المِلْكَ من الأصلِ يُنافي المِلْكَ الحادِثَ بسببٍ، لاستِحالةِ ثُبوتِهما مَعًا في مَحِلٍّ واحدٍ، بخلافِ ما إذا ادَّعَى المِلْكَ المُطْلَقَ ثُمَّ أقامَ البيِّنةَ على المِلْكِ بسببٍ، لأن المِلْكَ بسببٍ أخصُّ من المِلْكِ المُطْلَقِ على ما بَيَّنّا فقد شَهِدوا بأقَلَّ مِمّا ادَّعَى، فلم يَصِرِ المُدَّعي مُكذِّبًا شُهودَه، بل صَدَّقَهم فيما [(١)] شَهِدوا به، وادَّعَى زيادةَ شيءٍ لا شهادةَ لهم عليه، وصارَ كما لو ادَّعَى ألفًا وخمسَمِائةٍ فشَهِدَ الشُّهودُ (على ألفٍ) [(٢)] أنّه تُقْبَلُ البيِّنةُ على الألفِ لِما قُلْنا، كذا هذا.

ولو ادَّعَى المِلْكَ بسببٍ مُعَيَّنٍ، ثُمَّ أقامَ البيِّنةَ على المِلْكِ بسببٍ آخَرَ: بأنِ ادَّعَى دارًا في يَدِ رجلٍ أنّه ورِثَها من أبيه، ثُمَّ أقامَ البيِّنةَ على المِلْكِ: أنّه اشتراها من صاحبِ اليَدِ أو وهَبَها له أو تَصَدَّقَ بها عليه وقَبَضَ، أو ادَّعَى الشِّراءَ أو الهبةَ أو الصَّدَقةَ، ثُمَّ أقامَ البيِّنةَ على الإرْثِ لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه، لأن الشَّهادةَ خالَفَتِ الدَّعْوَى لاختِلافِ البيِّنَتَيْنِ [(٣)] صورةً ومَعْنًى، أمّا الصّورةُ فلا شَكَّ فيها، وأمّا المعنى؛ فلأن حُكْمَ البيِّنَتَيْنِ [(٤)] يختَلِفُ فلا يُقْبَلُ إلاّ إذا وافق بين الدَّعْوَى والشَّهادةِ، فقال: كُنْتُ اشتريْتُ منه لَكِنّه جَحَدَني الشِّراءَ وعَجَزْتُ عن إثْباتِه فاستَوْهَبْتُ منه (فوَهَبَ مِنّي) [(٥)]، وقَبَضْتُ، وأعادَ البيِّنةَ، تُقْبَلُ، لأنه إذا وافق فقد زالَتِ المُخالَفةُ وظَهَرَ أنّه لم يُكذِّبْ شُهودَه، ويَصيرُ هذا في الحقيقةِ ابْتِداءَ دعوى، ولِهذا يجبُ عليه إعادةُ البيِّنةِ لِتَقَعَ الشَّهادةُ عندَ الدَّعْوَى.

وكذا إذا وفَّقَ [(٦)] فقال: ورِثْتُه من أبي إلاّ أنّه جَحَدَ إرْثي فاشتريْتُ منه، أو وهَبَ لي فإنّها تُقْبَلُ لِزَوالِ التّناقُضِ والاختِلافِ بَيْنَ الدَّعْوَى والشَّهادةِ.

ولو ادَّعَى الشِّراءَ بعدَ [(٧)] هذا وأقامَ البيِّنةَ على الشِّراءِ بألفِ درهَمٍ، لا تُقْبَلُ، لأن البَدَلَ قد اختَلَفَ، واختِلافُ البَدَلِ يوجِبُ اختِلافَ العقدِ، فقد قامَتِ البيِّنةُ على عقدٍ آخَرَ غيرَ ما ادَّعاه المُدَّعي، فلا تُقْبَلُ إلاّ إذا وفَّقَ [(٨)] المُدَّعي، فقال: اشتريْتُ بالعبدِ إلاّ أنّه جَحَدَني

---

(١) في المخطوط: «بقدر ما».
(٢) في المخطوط: «بألف».
(٣) في المخطوط: «السببين».
(٤) في المخطوط: «السببين».
(٥) في المخطوط: «فوهبني».
(٦) في المخطوط: «وافق».
(٧) في المخطوط: «بعبده».
(٨) في المخطوط: «وافق».

الشِّراءَ [به] (١) فاشتريْتُه بعدَ ذلك بألفِ درهَمٍ، فتُقْبَلُ لِزَوالِ المُخالَفةِ.

وَهذا إذا كان دَعْوَى التَّوْفيقِ في مجلِسٍ آخَرَ بأنْ قامَ عن مجلِسِ الحُكْمِ ثُمَّ جاءَ وادَّعَى التَّوْفيقَ، فأمّا إذا لم يَقُمْ عن مجلِسِ الحُكْمِ فدَعْوَى التَّوْفيقِ غيرُ مسموعةٍ، ولو ادَّعَى أنّه له ثُمَّ أقامَ البَيِّنةَ على أنّه لِفُلانٍ وكَّلَه بالخُصومةِ فيه، تُقْبَلُ بَيِّنَتُه، وبِمثلِه لو ادَّعى أنّه لِفُلانٍ وكَّلَني بالخُصومةِ فيه، ثُمَّ أقامَ البَيِّنةَ على أنّه له لا تُقْبَلُ.

ووجه الفرقِ أنّ قوله أوّلًا: إنّه لي لا يَنْفي قوله: إنّه لِفُلانٍ وكَّلَني بالخُصومةِ فيه لِجوازِ أنْ يكونَ له بحَقِّ الخُصومةِ والمُطالَبةِ، ولِغيرِه بحَقِّ المِلْكِ، فكان التَّوْفيقُ مُمْكِنًا فقُبِلَتِ البَيِّنةُ بخلافِ الفصلِ الثّاني، لأن قوله هو لِفُلانٍ وكَّلَني بالخُصومةِ فيه، يَنْفي قوله بعدَ ذلك هو لي؛ لأنه صَرَّحَ بأنّ المِلْكَ فيه لِفُلانٍ، وأنّه وكيلٌ بالخُصومةِ فيه بقولِه: إنّه لِفُلانٍ وكَّلَني بالخُصومةِ فيه، فكان قولُه بعدَ ذلك: «هو لي» إقرارًا منه بالمِلْكِ لِنفسِه فكان مُناقِضًا فلا تُقْبَلُ.

وَلو ادَّعَى أنّه لِفُلانٍ وكَّلَني بالخُصومةِ فيه ثُمَّ أقامَ البَيِّنةَ على أنّه لِفُلانٍ آخَرَ وكَّلَني بالخُصومةِ [٤/ ٩٠ب] فيه، لا تُقْبَلُ، لأن قوله أوّلاً: إنّه لِفُلانٍ وكَّلَني بالخُصومةِ فيه، كما يَنْفي قوله: إنّه لي يَنْفي قوله: إنّه لِفُلانٍ آخَرَ وكَّلَني بالخُصومةِ فيه فلا تُقْبَلُ إلاّ إذا وفَّقَ (٢) فقال: إنّ الموَكِّلَ الأوّلَ باع من الموَكِّلِ الثّاني ثُمَّ وكَّلَني الثّاني بالخُصومةِ فيُقْبَلُ لِزَوالِ المُناقَضةِ.

وَلو ادَّعَى في ذي القَعْدةِ أنّه اشترى منه هذِه الدّارَ في شَهْرِ رَمَضانَ بألفٍ ونَقَدَه الثّمَنَ، ثُمَّ أقامَ البَيِّنةَ على أنّه تَصَدَّقَ بالدّارِ على المُدَّعي في شَعْبانَ، لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه؛ لأن دَعْوَى التّصَدُّقِ في شَعْبانَ تُنافي الشِّراءَ في شَهْرِ رَمَضانَ لاستِحالةِ شِراءِ الإنسانِ مِلْكَ نفسِه، والتَّوْفيقُ غيرُ مُمْكِنٍ فلا تُقْبَلُ.

وَإنْ أقامَ البَيِّنةَ على التّصَدُّقِ في شَوّالٍ، ووَفَّقَ فقال: جَحَدَني الشِّراءَ ثُمَّ تَصَدَّقَ بها عَلَيَّ تُقْبَلُ والله أعلم.

وَلو ادَّعَى دارًا في يَدَيْ رجلٍ أنّها له وأقامَ البَيِّنةَ على أنّها كانت في يَدِ المُدَّعي بالأمسِ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وافق».

لا تُقْبَلُ، و [1]عن أبي يوسفَ أنّها تُقْبَلُ ويُؤمَرُ بالرَّدِّ إليه، ولو أقامَ صاحبُ اليَدِ البَيِّنَةَ على أنّها كانت مِلْكًا للمُدَّعي تُقْبَلُ بالإجماعِ.

وجه قولِ [2] أبي يوسفَ - رحمه الله -: أنّ البَيِّنَةَ لَمّا قامَتْ على أنّها ما كانت في يَدِه، فالأصلُ في الثّابِتِ بَقاؤُه، ولِهذا قُبِلَت البَيِّنَةُ على مِلْكٍ كان؛ ولأن الثّابِتَ بالبَيِّنَةِ كالثّابِتِ بالمُعايَنَةِ، ولو ثَبَتَ بالمُعايَنَةِ أو بالإقرارِ أنّه كان في يَدِه بالأمسِ يُؤمَرُ بالرَّدِّ إليه كذا هذا.

وجه ظاهرِ الرِّوايةِ: أنّ الشَّهادةَ قامَتْ على يَدٍ كانت، فلا يَثْبُتُ الكَوْنُ للحالِ إلاّ بحُكْمِ استِصْحابِ الحالِ، وأنّه لا يَصْلُحُ للإلْزامِ، ولأن اليَدَ قد تكونُ مُحِقّةً، وقد تكونُ مُبْطِلةً، وقد تكونُ يَدَ مِلْكٍ، وقد تكونُ يَدَ أمانةٍ، فكانت مُحْتَمَلةً، والمُحْتَمَلُ لا يَصْلُحُ حُجّةً، بخلافِ المِلْكِ والمُعايَنةِ، وبِخلافِ الإقرارِ، لأنه حُجّةٌ بنفسِه، والبَيِّنَةُ ليستْ بحُجّةٍ بنفسِها بل بقَضاءِ القاضي، ولا وجهَ للقَضاءِ بالمُحْتَمَلِ.

ولو أقامَ البَيِّنَةَ أنّها كانت في يَدِه بالأمسِ فأخَذَها هذا منه، أو غَصَبَها أو أودَعَه أو أعارَه تُقْبَلُ، ويَقْضي للخارِجِ؛ لأنه عَلِمَ بالبَيِّنَةِ أنّه تَلَقّى اليَدَ من جِهةِ الخارِجِ فيُؤمَرُ بالرَّدِّ إليه.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا ادَّعى دارًا في يَدِ رجلٍ [3] أنّه ورِثَها من أبيه وأقامَ البَيِّنَةَ على أنّها كانت لأبيه، فنَقولُ: هذا لا يخلو من أرْبَعةِ أوجُهٍ، إمّا أنْ شَهِدوا أنّ الدّارَ كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتَرَكَها ميراثًا له، وإمّا أنْ قالوا إنّها كانت لأبيه [مات] [4] وتَرَكَها ميراثًا له، وإمّا أنْ قالوا إنّها كانت في يَدِ أبيه يومَ الموتِ، وإمّا أنْ أثبَتوا من أبيه فعلاً فيها عندَ موتِه.

أمّا الوجه الأوّلُ: فعلى قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ -رحمهما الله- «لا تُقْبَلُ الشّهادةُ» وعلى قولِ أبي يوسفَ «تُقْبَلُ».

وكذا لو شَهِدوا أنّها كانت لأبيه مات قبلَها [5] لا تُقْبَلُ، قالوا: يجبُ أنْ يكونَ هذا (على قولِهما، أمّا) [6] على قولِ أبي يوسف على ما رويَ عنه في الأمالي «يَنْبَغي أنْ تُقْبَلَ».

---

(١) في المخطوط: «وروي».
(٢) في المخطوط: «رواية».
(٣) زاد في المخطوط: «دارًا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فيها».
(٦) في المخطوط: «قول أبي حنيفة ومحمد، وأما».

وجه قولِه [١] أنّ المِلْكَ متى ثَبَتَ لأبيه بشهادَتِهم، فالأصلُ فيما ثَبَتَ يَبْقَى إلى أنْ يوجَدَ المُزيلُ فصارَ كما لو شَهِدوا أنّها كانت لأبيه يومَ الموتِ أيضًا [٢].

وجه قولِهما: أنّ الشَّهادةَ خالَفَتِ الدَّعْوَى؛ لأن المُدَّعي ادَّعَى مِلْكًا كائنًا، والشَّهادةُ وقَعَتْ بمِلْكٍ كان لا بمِلْكٍ كائنٍ، فكانت الشَّهادةُ مُخالفةً لِلدَّعْوَى فلا يُقْبَلُ.

قولُه ما ثَبَتَ يَبْقَى، قُلْنا: نَعَمْ لَكِنْ لا حُكْمًا (لِدَليلِ الثُّبوتِ؛ لأن دَليلَ) [٣] الثُّبوتِ لا يَتَعَرَّضُ للبَقاءِ، وإنّما البَقاءُ بحُكْمِ استِصْحابِ الحالِ، وإنّه لا يَصْلُحُ حُجّةً لِلاستحقاقِ.

وَلو شَهِدوا أنّها كانت لِجَدِّه فعندَهما [٤] لا يَقْضي بها ما لم (يَشْهَدوا بالميراثِ) [٥] بأنْ يقولوا: مات جَدُّه وتَرَكَها ميراثاً لأبيه، ثُمَّ مات أبوه وتَرَكَها ميراثًا له وعندَ أبي يوسفَ يُنْظَرُ: إنْ عَلِمَ أنّ الجدَّ مات قبلَ الأبِ يَقْضي بها له، وإنْ عَلِمَ أنّ الأبَ مات قبلَ الجدِّ أو لم يَعْلم لم يَقْضِ بها [٦]، ولو شَهِدوا أنّها لأبيه لا يَقْضي بها له، منهم مَنْ قال هذا على الاتِّفاق، ومنهم مَنْ قال هو على الخلافِ [٧] الذي ذَكَرْناه [٨]، وهو الصّحيحُ، فإنّه رويَ عن أبي يوسفَ أنّها تُقْبَلُ.

وأمّا الوجه الثّاني: وهو ما إذا شَهِدوا أنّها كانت لأبيه مات وتَرَكَها ميراثًا له، فلا شَكَّ أنّ هذِه الشَّهادةَ مقبولةٌ، لأنهم شَهِدوا بالمِلْكِ الموروثِ عندَ الموتِ والتّرْكِ ميراثًا له، وهو تفسيرُ المِلْكِ الموروثِ.

وأمّا الوجه الثّالِث: وهو ما إذا شَهِدوا أنّها كانت في يَدِه يومَ الموتِ، فالشَّهادةُ مقبولةٌ، لأن مُطْلَقَ اليَدِ من [٩] الأصلِ يُحْمَلُ على يَدِ المالِكِ فكانت الشَّهادةُ بيَدٍ قائمةٍ عندَ الموتِ شهادةً بمِلْكٍ [٤/ ٩١أ] قائم عندَ الموتِ، فإذا مات فقد تَرَكَ فثَبَتَ [١٠] المِلْكُ له في المَتْروكِ، إذْ هو تفسيرُ المِلْكِ الموروثِ؛ ولأن يَدَه إنْ كانت يَدَ مِلْكٍ كان المِلْكُ ثابتًا للمورِّثِ [١١] عندَ الموتِ، وإنْ كانت يَدَ أمانةٍ انتقَلَتْ يَدَ مِلْكٍ إذا مات مُجهِّلًا، لأن

---

(١) في المخطوط: «قول أبي يوسف».
(٢) في المخطوط: «نصًا».
(٣) في المخطوط: «ودليل».
(٤) في المخطوط: «فعند أبي حنيفة».
(٥) في المخطوط: «يجروا الميراث».
(٦) في المخطوط: «به».
(٧) في المخطوط: «الاختلاف».
(٨) في المخطوط: «ذكرنا».
(٩) في المخطوط: «في».
(١٠) في المخطوط: «فيثبت».
(١١) في المخطوط: «للموروث».

التّجْهيلَ عندَ الموتِ سببٌ لِوُجوبِ الضّمانِ، ووُجوبُ الضّمانِ سببٌ لِثُبوتِ المِلْكِ في المضمونِ عندَنا.

وَأما الوجه الرابعُ: وهو ما إذا (ثَبتَ ليَدِ المشهودِ) (١) من الأبِ فعلاً في العَيْنِ عندَ الموتِ، فهذا على وجهَيْنِ: إمّا أنْ يكونَ ذلك فعلاً هو دَليلُ اليَدِ، وإمّا أنْ يكونَ فعلاً ليس هو دَليلُ اليَدِ، والفعلُ (٢) الذي هو دَليلُ اليَدِ هو فعلٌ لا يُتَصَوّرُ وُجودُه بدونِ النّقْلِ في النّقْليّاتِ، كاللُّبْسِ والحمْلِ، أو فعلٌ يوجَدُ لِلنّقْلِ عادةً، كالرُّكوبِ في الدَّوابِّ، أو فعلاً (٣) يوجَدُ في الغالِبِ من المُلاّكِ فيما لا يَقْبَلُ النّقْلَ لا من غيرِهم كالسُّكْنَى في الدّورِ، والفعلُ الذي ليس بدَليلِ اليَدِ هو فعلٌ ثَبتَ (٤) في النّقْليّاتِ من غيرِ فعل (٥)، ولا يكونُ حُصولُه لِلنّقْلِ عادةً كالجُلوسِ على البِساطِ، أو فعلٌ ليس بفعلٍ للمُلاّكِ غالِبًا فيما لا يَقْبَلُ، كالنّوْمِ والجُلوسِ في الدّارِ وأشْباه ذلك فإنْ كان فعلاً هو دَليلُ اليَدِ تُقْبَلُ الشَّهادةُ القائمةُ على ثُبوتِه عندَ موتِ الأبِ، لأن الشّهادةَ القائمةَ على ما هو دَليلُ اليَدِ عندَ الموتِ قائمةٌ على اليَدِ عندَ الموتِ، وإنْ كان فعلاً ليس بدَليلِ اليَدِ لا تُقْبَلُ الشَّهادةُ؛ لأنه لم يوجَدْ دَليلُ اليَدِ التي هي دَلالةُ المِلْكِ؛ وعلى هذا يخرجُ ما إذا أقامَ المُدَّعي البَيِّنةَ أنّ أباه مات في هذِه الدّارِ: أنّها لا تُقْبَلُ؛ لأنه لم توجَدِ الشَّهادةُ على اليَدِ الدّالّةِ على المِلْكِ، ولا على فعلٍ دالٍّ على اليَدِ، ولا على فعلٍ هو فعلُ المُلاّكِ غالِبًا؛ لأن الدّارَ قد يَموتُ فيها المالِكُ، وقد يَموتُ فيها غيرُ المالِكِ من الزّوّارِ والضَّيْفِ ونحوِه.

وَلو شَهِدوا أنّه مات وهو لابِسٌ هذا القَميصَ، أو لابِسٌ هذا الخاتَمَ تُقْبَلُ، لأن لُبْسَ القَميصِ والخاتَمِ فعلٌ لا يُتَصَوّرُ بدونِ النّقْلِ، فكان دَليلاً على اليَدِ عندَ الموتِ أطْلَقَ محمّدٌ- رحمه الله- [في الجامِعِ] (٦) الجوابَ في الخاتَمِ، ومنهم مَنْ حَمَلَ جوابَ الكِتابِ على ما إذا كان الخاتَمُ في خِنْصَرِه أو بنْصرِه يومَ الموتِ، وزَعَمَ أنّه إذا كان فيما سِواهما (٧) من الأصابعِ لا تُقْبَلُ الشَّهادةُ؛ لأن استِعْمالَ المُلاّكِ في الخاتَمِ هذا عادةٌ فكانت الشَّهادةُ القائمةُ عليه قائمةً على اليَدِ.

---

(١) في المخطوط: «أثبت الشهود».
(٢) في المخطوط: «واليد».
(٣) في المخطوط: «يفعل».
(٤) في المخطوط: «يثبت».
(٥) في المطبوع: «نَقْلٍ».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «سواها».

فأمّا جَعْلُه فيما سِواهما [١] من الأصابِعِ من المُلاّكِ فهو ليس بمُعْتادٍ فلا يكونُ ذلك استِعْمالَ الخاتَمِ، [فلا يكونُ دَليلَ اليَدِ، ولِهذا قالوا لو جعل المودِعُ الخاتَمَ] [٢] في خِنْصَرِه أو بِنْصرِه فضاعَ من يَدِه يُضْمَنُ لِما أنّه استَعْمَلَه، ولو جعله فيما سِواهما [٣] الأصابعَ فضاعَ لا يَضْمَنُ لِما أنّ ذلك حِفْظٌ وليس باستِعْمالٍ، والصّحيحُ إطْلاقُ جوابِ الكِتابِ؛ لأن فعلَه كيْفَ ما كان لا يُتَصَوّرُ بدونِ النّقْلِ فكان دَليلاً على اليَدِ.

ولو شَهِدوا أنّه مات وهو جالِسٌ على هذا البِساطِ، أو على هذا الفِراشِ أو نائمٌ عليه، لا تُقْبَلُ؛ لأن هذِه الأفعالَ [٤] تُتَصَوّرُ من غيرِ نَقْلٍ ولا تُفْعَلُ لِلنّقْلِ عادةً، فلم يَكُنْ دَليلَ اليَدِ.

فإن قيل: أليس أنّه لو تَنازَعَ اثنانِ في بساطٍ، أحَدُهما جالِسٌ عليه، والآخرُ مُتَعَلِّقٌ به أنّه يكونُ بينهما نصفَيْنِ، وهذا دَليلُ ثُبوتِ يَدَيْهما عليه.

قيلَ له: إنّما قَضَى به بينهما نصفَيْنِ لِدَعْواهما أنّه في يَدَيْهما لا لِثُبوتِ اليَدِ؛ لأن الجُلوسَ عليه والتّعَلُّقَ به، كُلُّ واحدٍ منهما يَتَحَقّقُ بدونِ النّقْلِ، ولا يوجَدُ أنّ النّقْلَ غالِبًا على ما بَيّنّا، فلا يكونُ دَليلَ اليَدِ.

ولو شَهِدوا أنّه مات وهو راكِبٌ على هذِه الدّابّةِ تُقْبَلُ، ويَقْضي بالدّابّةِ للوارِثِ؛ لأن الرُّكوبَ وإنْ كان يَتَهَيّأُ بدونِ نَقْلِ الدّابّةِ، إلاّ أنّه لا يُفْعَلُ عادةً إلاّ لِلنّقْلِ، فكان دَليلَ اليَدِ.

وَلو شَهِدوا أنّه مات وهو ساكِنٌ هذِه الدّارَ تُقْبَلُ، ويَقْضي للوارِثِ، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه [٥] لا تُقْبَلُ ولا يَقْضي.

ووجهُه: أنّ فعلَ السُّكْنَى في الدّارِ كما يوجَدُ من المُلاّكِ يوجَدُ من غيرِهم [٦] فلا يَصْلُحُ دَليلاً على اليَدِ، والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ، لأن السُّكْنَى فعلٌ يوجَدُ في الغالِبِ من المُلاّكِ لا من غيرِهم هذا هو المُعْتادُ فيما بين النّاس فيُحْمَلُ المُطْلَقُ عليه.

وَلو شَهِدوا أنّه مات وهذا الثّوْبُ موضوعٌ على رَأسِه، ولم يَشْهَدوا أنّه كان حامِلاً له لا

---

(١) في المخطوط: «سواه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «سواها من».
(٤) في المخطوط: «الأشياء».
(٥) في المخطوط: «أنها».
(٦) في المخطوط: «غير الملاك».

تُقْبَلُ، ولا يَسْتَحِقُّ المُدَّعي بهذا شيئًا؛ لأنه يُحْتَمَلُ أنّه (وضَعَه بنفسِه، أو وضَعَه)[(١)] غيرُه، ويُحْتَمَلُ أنّه وقَعَ عليه من غيرِ صُنْعِ أحَدٍ بأنْ هَبَّتْ ريحٌ به فألْقَتْه على رَأسِه فوَقَعَ الشَّكُّ في النَّقْلُ منه، فلا يَثْبُتُ النَّقْلُ منه بالشَّكِّ، فلا تَثْبُتُ اليَدُ بالشَّكِّ [٤/ ٩١ب][(٢)].

ثُمَّ [نَقولُ][(٣)]: إذا شَهِدَ الشُّهودُ أنّها كانت لأبيه مات وتَرَكَها[(٤)] ميراثًا للوَرَثةِ، فلا يخلو إمّا أنْ قالوا: هذا وارِثُه[(٥)] لا وارِثَ له غيرُه، (وإمّا أنْ قالوا: هو وارِثُه)[(٦)] لا نَعْلَمُ أنّ له وارِثًا غيرُه، [وإمّا إنْ قالوا: هو وارِثُه، ولم يقولوا لا وارِثَ له غيرُه، ولا قالوا: لا نَعْلَمُ له وارِثًا غيرَه][(٧)].

فَأمّا الوجه الأوّلُ وهو ما إذا قالوا: هو وارِثُه لا وارِثَ له غيرُه فإنّه تُقْبَلُ شهادَتُهمُ استحسانًا، والقياسُ أنْ لا تُقْبَلَ؛ لأنها كشهادةٍ على ما لا عِلْمَ لِلشّاهِدِ به لاحتِمالِ أنْ يكونَ له وارِثٌ لا يَعْلَمُه، وقد قالَ ﷺ لِلشّاهِدِ: «إذا عَلِمْتَ مثلَ الشَّمسِ فاشهَدْ وإلّا فدَعْ»[(٨)].

وجه الاستحسانِ: أنّ قولهم: لا وارِثَ له غيرُه مَعْناه في مُتَعارَفِ النّاس وعاداتِهم: لا نَعْلَمُ له وارِثًا غيرَه، أو لا وارِثَ له غيرُه في عِلْمِنا، ولو نَصَّ على ذلك لَقُبِلَتْ شهادَتُهم، فكذا هذا واللّه -سبحانه- أعلمُ.

وأمّا الوجه الثّاني: وهو ما إذا قالوا: هو وارِثُه لا نَعْلَمُ له وارِثًا غيرَه تُقْبَلُ شهادَتُهم عندَ عامّةِ العُلَماءِ رضي الله عنهم[(٩)]، وقال ابنُ أبي ليلَى- رحمه الله-: لا تُقْبَلُ حتّى

(١) في المخطوط: «وقع بنفسه ويحتمل أنه وضع».
(٢) زاد في المخطوط: «والاحتمال فلا يثبت اليد بالشك».
(٣) ليست في المخطوط. (٤) في المخطوط: «وترك».
(٥) في المخطوط: «ليس وارثه ولم يقولوا».
(٦) في المخطوط: «ولا قالوا». (٧) ليست في المخطوط.
(٨) أخرجه البيهقي في «الشعب»، (٧/ ٤٥٥)، برقم (١٠٩٧٤)، وأبو نعيم في «الحلية»، (٤/ ١٨)، وأخرجه الحاكم وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه وقال الذهبي: بل هو حديث واه.
(٩) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٣٨، ٣٣٩).
ومذهب الشافعية: لو شهدوا أنه لا وارث له غيره، جازت الشهادة وتقبل. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٣٥١).
ومذهب المالكية: إذا شهدوا أن الدار كانت لأبي هذا، لم يستحقها حتى يشهدوا أنها لم تزل له حتى مات، وإن قالوا إن أباه مات وتركها ميراثًا، ولم يشهدوا على الورثة، ولم يعرفوهم، فإنه يحتاج أن يقيم أنه وارثه، لا يعلمون له وارثًا غيره. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٣٥٢).

يقولوا: لا وارِثَ له غيرُهُ؛ لأنهم لو لم يقولوا: (لا وارِثَ له غيرُه) [١] احْتُمِلَ أنْ يكونَ له وارِثٌ غيرُه لا يَعْلَمونَه، والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لأن الشّاهدَ إنّما تَحِلُّ له الشَّهادةُ بما في عِلْمِه، ونَفْيُ وارِثٍ آخَرَ ليس في عِلْمِه، فلا تَحِلُّ له الشَّهادةُ به، إلاّ على اعتِبارِ ما في عِلْمِه على ما ذَكَرْنا ولو قالوا: لا نَعْلَمُ له وارِثًا غيرَه في هذا المِصْرِ، أو في أرْضِ كذا تُقْبَلُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما لا تُقْبَلُ.

وجه قولِهما: أنّ قولَهم: لا نَعْلَمُ له وارِثًا غيرَه في هذا المِصْرِ لا يَنْفي وارِثًا غيرَه لِجوازِ أنْ يكونَ له وارِثٌ آخَرُ في مِصْرٍ آخَرَ، ولأبي حنيفةَ- رحمه الله- أنّه لو كان له وارِثٌ آخَرُ في موضِعٍ آخَرَ لَعَلِموهُ؛ لأن وارِثَ الإنسانِ لا يخفَى على أهْلِ بَلَدِه عادةً، فكان التّخْصيصُ والتّعْميمُ فيه سَواءٌ، ثُمَّ إذا شَهِدوا أنّه وارِثُه لا وارِثَ له غيرُه، أو شَهِدوا أنّه وارِثُه لا نَعْلَمُ له وارِثًا غيرَه، أو لا نَعْلَمُ [٢] له وارِثًا غيرَه في هذا المِصْرِ على مذهَبِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه فإنّه يَدْفَعُ كُلَّ التّرِكةِ إليه، سَواءٌ كان الوارِثُ مِمَّنْ لا يحتملُ الحجبَ، (كالابنِ والأبِ) [٣] والأُمِّ ونحوِهم، أو يحتملُه، كالأخِ والأُخْتِ والجدِّ ونحوِهم؛ لأنه تَعَيَّنَ وارِثًا له فيُدْفَعُ إليه جميعُ الميراثِ [٤] إلاّ إذا كان زَوْجًا أو زَوْجةً فلا يُعْطَى إلاّ أكثرُ نَصيبِه، فلا يُعْطَى الزَّوْجُ [٥] إلاّ النِّصْفُ، ولا تُعْطَى المَرْأةُ إلاّ الرُّبُعُ؛ لأنهما لا يَسْتَحِقّانِ من الميراثِ أكثرَ من ذلك؛ لأنه لا يُرَدُّ عليهما، وفي هذَيْنِ الموضِعَيْنِ [٦] لا يُؤخَذُ من الوارِثِ كفيلٌ بالإجماعِ.

وأمّا الوجه الثالث: وهو ما إذا شَهِدوا أنّه وارِثُه ولم يقولوا: لا وارِثَ له غيرُه، و[لا] [٧] قالوا: لا نَعْلَمُ له وارِثًا غيرَه فإنّه يُنْظَرُ إنْ كان مِمَّنْ يحتملُ الحجبَ لا يُدْفَعُ إليه شيءٌ لِجوازِ أنْ يكونَ ثَمّةَ حاجِبٌ [٨]، فإنْ كان لا يُعْطَى، وإنْ لم يَكُنْ يُعْطَى بالشَّكِّ، وإنْ كان مِمَّنْ لا يحتملُ الحجبَ يُدْفَعُ إليه جميعُ المالِ إلاّ الزَّوْجَ والزَّوْجةَ، فإنّه لا يُدْفَعُ إليهما [٩] إلاّ نَصيبُهما، وهو أكثرُ النّصيبَيْنِ، عندَ محمّدٍ-رحمه الله- لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وللمَرْأةِ الرُّبُعُ.

---

(١) في المخطوط: «ذلك».
(٢) في المخطوط: «يعلم».
(٣) في المخطوط: «كالأب والابن، والابن».
(٤) في المخطوط: «المال إليه».
(٥) في المخطوط: «للزوج».
(٦) في المخطوط: «الوجهين».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «صاحب».
(٩) في المخطوط: «إليه».

وعندَ أبي يوسفَ-رحمه الله- أقَلُّ النّصيبَيْنِ، لِلزَّوْجِ الرُّبُعُ وللمَرْأةِ الثُّمْنُ في ظاهرِ الرِّوايةِ عنه.

وجه قولِ محمدٍ-رحمه الله-: أنّ النُّقْصانَ عن أكثرِ النّصيبَيْنِ باعتِبارِ المُزاحَمةِ، وفي وُجودِ المُزاحمِ شَكٌّ، فلا يَثْبُتُ النُّقْصانُ بالشَّكِّ.

وَلأبي يوسفَ-رحمه الله-أنّ الأقَلَّ ثابِتٌ بيَقينٍ، وفي الزّيادةِ شَكٌّ [فلا تَثْبُتُ الزّيادةُ بالشَّكِّ.

وَرويَ عنه رِوايةٌ أُخرى أنّ لِلزَّوْجِ الرُّبُعَ وللمَرْأةِ رُبُعَ الثُّمْنِ لِجوازِ أنْ يكونَ له أرْبَعُ نِسْوةٍ فيكونُ لها رُبُعُ الثُّمْنِ؛ لأنه ثابِتٌ بيَقينٍ وفي الزّيادةِ شَكٌّ] (١).

ورَوَى عنه أصحابُ الإملاءِ أن (٢) لِلزَّوْجِ الخُمُسُ، وللمَرْأةِ رُبُعُ التُّسْعِ، أمّا الزَّوْجُ؛ فلأن من الجائزِ أنْ يكونَ للمَرْأةِ أبَوانِ وبِنْتانِ وزَوْجٌ، أصلُ المسألةِ من اثنيْ عَشَرَ، للأبَوَيْنِ السُّدُسانِ: أرْبَعةٌ، وللبِنْتَيْنِ الثُّلُثانِ: ثَمانيةٌ، ولِلزَّوْجِ الرُّبُعُ: ثلاثةٌ، فعالَتْ بثلاثةِ أسْهمٍ فصارَتِ الفريضةُ من خمسةَ عَشَرَ، وثلاثةٌ من خمسةَ عَشَرَ: خُمُسُها فذلك لِلزَّوْجِ. وأمّا المَرْأةُ؛ فلأن من الجائزِ أنْ يكونَ للمَيِّتِ أبَوانِ وبِنْتانِ وزَوْجةٌ، أصلُ المسألةِ من أرْبَعةٍ وعشرينَ، للأبَوَيْنِ السُّدُسانِ: ثَمانيةٌ، وللبِنْتَيْنِ الثُّلُثانِ: سِتّةَ عَشَرَ، ولِلزَّوْجةِ الثُّمُنُ: ثلاثةٌ، فعالَتْ بثلاثةِ أسْهمٍ فصارَتِ الفريضةُ [من] (٣) سَبْعة وعشرينَ، وثلاثةٌ من سَبْعةٍ وعشرينَ: تُسْعُها، ثُمَّ من الجائزِ أنْ يكونَ معها ثلاثةٌ أُخرى فيكُنّ (٤) أرْبَعَ زَوْجاتٍ، فيكونُ لها رُبُعُ التُّسْعِ، وثلاثةٌ على أرْبَعةٍ لا تستَقيمُ، فتُضْرَبُ أرْبَعةٌ في تِسْعةٍ، ويكونُ سِتّةً وثلاثينَ سَهْمًا، تُسْعُها: أرْبَعةٌ، فلَها من ذلك سَهْمٌ، وهو رُبُعُ التُّسْعِ، وهو سَهْمٌ من سِتّةٍ وثلاثينَ سَهْمًا.

ثُمَّ في هذا الوجه الثّالِثِ إذا كان الوارِثُ مِمّنْ (٥) لا يحتملُ الحجبَ ودُفِعَ المالُ إليه هَلْ يُؤخَذُ منه كفيلٌ؟ قال [٤/ ٩٢أ] أبو حنيفةَ- عليه الرَّحْمةُ-: «لا يُؤخَذُ»، وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ-رحمهما الله-: يُؤخَذُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المطبوع: «و».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فيكون».
(٥) في المخطوط: «مما».

وجه قولِهما: أنّ أخْذَ الكَفيلِ لِصيانةِ الحقِّ، والحاجةُ مَسَّتْ إلى الصّيانةِ لاحتِمالِ ظُهورِ وارِثٍ آخَرَ فيُؤخَذُ الكَفيلُ نَظَرًا للوارِثِ الغائب، كما في رَدِّ الآبِقِ واللُّقَطةِ إلى صاحبِها.

وَلأبي حنيفةَ-رحمه الله- أن حَقَّ الحاضِرِ للحالِ ثابِتٌ بيَقينٍ، وفي ثُبوتِ الحقِّ لِوارِثٍ آخَرَ شَكٌّ؛ لأنه قد يَظْهَرُ وارِثٌ آخَرُ، وقد لا يَظْهَرُ، فلا يجوزُ تَعْطيلُ الحقِّ الثّابِتِ بيَقينٍ لِحَقٍّ مشكوكٍ فيه مع ما أنّ المَكْفولَ له مجهولٌ، والكَفالةُ للمجهولِ غيرُ صَحيحةٍ، وإنّما [1] أخِذَ الكَفيلُ بتسليمِ الآبِقِ واللُّقَطةِ، فقد قيلَ: إنّه قولُهما لِما أنّ في المسألةِ رِوايَتَيْنِ فأمّا عندَ أبي حنيفةَ- رحمه الله- فلا يُؤخَذُ الكَفيلُ على أنّا سَلَّمْنا فتلك كفالةٌ لِمَعْلوم لا لِمجهولٍ؛ لأن الرّادَّ إنّما يَأخُذُ الكَفيلَ لِنفسِه كيْ لا يَلْزَمَه الضَّمانُ فلم تكُنْ كفالةً لِمجهولٍ [2].

وَذَكَرَ أبو حنيفةَ - رحمه الله - هذِه المسألةَ في الجامِعِ الصّغيرِ وقال هذا شيءٌ احتاطَ به بعضُ القُضاةِ، وهو ظُلْمٌ، أرَأيتَ لو لم يجِدْ كفيلًا (كُنْتُ أمنَعُه) [3] حَقَّه دَلَّتْ تسميَتُه أخْذَ الكَفيلِ ظُلْمًا على أنّ مذهَبَه: أنْ ليس كُلُّ مُجْتَهِدٍ مُصيبًا، إذِ الصّوابُ لا يحتملُ أنْ يكونَ ظُلْمًا فدَلَّتِ المسألةُ على بَراءةِ ساحَتِه عن لوثِ الاعتِزالِ بحَمْدِ اللّه ومَنِّه.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى المشهودِ به، فمنها أنْ تكونَ الشَّهادةُ بمَعْلومٍ، فإنْ كانت بمجهولٍ لم تُقْبل؛ لأن عِلْمَ القاضي بالمشهودِ به شرطُ صِحّةِ قَضائه، فما لم يَعْلم لا يُمْكِنُه القَضاءُ [به] [4].

وَعلى هذا يخرجُ ما إذا شَهِدَ رجلانِ عندَ القاضي: أنّ فُلانًا وارِثُ هذا المَيِّتِ لا وارِثَ له غيرُه أنّه لا تُقْبَلُ شهادَتُهما؛ لأنهما شَهِدا بمجهولٍ لِجَهالةِ الوارِثِ أسْبابَ الوِراثةِ واختِلافَ أحْكامِها، فلا بُدَّ أنْ [5] يقولوا: ابنُه ووارِثُه لا يَعْلَمونَ له وارِثًا غيرَه، أو أخوه لأبيه وأُمِّه لا يَعْلَمونَ له وارِثًا غيرَه، وقولُه [6]: لا يَعْلَمونَ له وارِثًا غيرَه لِئَلاّ يَتَلَوَّمَ القاضي لا لأنه من الشَّهادةِ عندَ محمّدٍ- رحمه الله- لِجنسِ هذِه المَسائلِ بابٌ [7] في الزّياداتِ يُعْرَفُ ثَمّةَ إنْ شاء اللّه تعالى.

---

(١) في المخطوط: «وأما».
(٢) في المخطوط: «المجهول».
(٣) في المخطوط: «أكنت أمنع».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «وأن».
(٦) في المخطوط: «وقولهم».
(٧) في المخطوط: «بابًا».

وَمنها: أنْ يكونَ المشهودُ به مَعْلومًا لِلشّاهِدِ عندَ أداءِ الشَّهادةِ حتّى لو (ظَنّ، لا تَحِلُّ له الشَّهادةُ) [١] وإنْ رَأى خَطَّه وخَتْمَه وأخْبَرَه النّاسُ بما [٢] يَتَذَكَّرُ بنفسِه، وهذا عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه وعندَهما إنْ رَأى خَطَّه وخَتْمَه له أنْ يَشْهَدَ [نحوَ ما تَقَدَّمَ من الخلافِ والحُجَجِ من الجانِبَيْنِ.

وَأمّا الذي يَخُصُّ المَكان فواحدٌ، وهو مجلِسُ القاضي؛ لأن الشَّهادةَ لا تَصيرُ حُجّةً مُلْزِمةً إلاّ بقَضاءِ القاضي فتَخْتَصُّ بمجلِسِ القَضاءِ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ] [٣].

وَأمّا الشَّرائطُ التي تَخُصُّ بعضَ الشَّهاداتِ دونَ البعضِ فأنْواعٌ أيضًا.

منها: الدَّعْوَى في الشَّهادةِ القائمةِ على حُقوقِ العِبادِ من المُدَّعي بنفسِه أو نائبِه، لأن الشَّهادةَ في هذا البابِ شُرِعَتْ [٤] لِتَحْقيقِ قولِ المُدَّعي ولا يَتَحَقَّقُ قولُه إلاّ بدَعْواه إمّا بنفسِه وإمّا بنائبِه.

وَأمّا حُقوقُ اللَّه تبارك وتعالى- فلا يُشترَطُ فيها الدَّعْوَى كأسْبابِ الحُرُماتِ من الطَّلاقِ وغيرِه، وأسْبابُ الحُدودِ الخالصةِ حَقًّا لِلَّه تعالى، إلاّ أنّه شُرِطَتِ الدَّعْوَى في بابِ السَّرِقةِ؛ لأن كونَ المسروقِ مِلْكًا لِغيرِ السّارِقِ شرطُ تَحَقُّقِ كونِ الفعلِ سَرِقةً شرعًا، ولا يَظْهَرُ ذلك إلاّ بالدَّعْوَى فشُرِطَتِ الدَّعْوَى لِهذا، واختُلِفَ في عِتْقِ العبد: أنّه حَقٌّ للعبدِ فتُشترَطُ فيه الدَّعْوَى، أو حَقّ الله تعالى فلا تُشترَطُ فيه الدَّعْوَى، مع الاتِّفاقِ على أنّ عِتْقَ الأمةِ حَقّ الله تعالى، لِما عُلِمَ من الخلافِ في كِتابِ العتاقِ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

وَمنها: العَدَدُ في الشَّهادةِ بما يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وقولُه سبحانه وتعالى: ﴿ثُمَّ [٥] لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]؛ ولأن الواجبَ على الشّاهِدِ إقامةُ الشَّهادةِ لِلَّهِ- عَزَّ وجَلَّ- (الآيةُ وهو قوله) [٦] تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، وقوله تعالى: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: ١٣٥] ولا تَقَعُ الشَّهادةُ لِلَّه إلاّ

(١) في المخطوط: «طلبه لا يحل أن يشهد».
(٢) في المخطوط: «ما لم».
(٣) في المخطوط: «والمسألة قد مرت بحججها».
(٤) في المخطوط: «سرت».
(٥) في المخطوط: «فإن».
(٦) في المخطوط: «لقوله».

وأنْ تكونَ خالصةً صافيةً عن جرِّ النَّفْعِ، ومَعْلومٌ أنّ في الشَّهادةِ مَنْفَعةً لِلشّاهِدِ من حيث التَّصْديق، لأن مَنْ صَدَقَ [في] (١) قوله يَتَلَذَّذُ به، فلو قُبِلَ قولُ الفرْدِ لم تَخْلُ شهادَتُه عن جَرِّ النَّفْعِ إلى نفسِه، فلا يخلُصُ لِلَّه عَزَّ وجَلَّ.

فَشُرِطَ العَدَدُ في الشَّهادةِ ليكونَ [تلذذ] (٢) كُل واحدٍ مُضافًا إلى قولِ صاحبِه، فتَصْفو الشَّهادةُ لِلَّهِ- عَزَّ شَأنُه-؛ ولأنه إذا كان فرْدًا يُخافُ عليه السَّهْوُ والنِّسْيانُ؛ لأن الإنسانَ مَطْبوعٌ على السَّهْوِ والغَفْلةِ، فشرطُ العَدَدِ في الشَّهادةِ ليُذَكِّرَ البعضُ البعضَ عندَ اعتِراضِ السَّهْوِ والغَفْلةِ، كما قال اللَّه تعالى في إقامةِ امرأتَيْنِ مَقامَ رجلٍ في الشَّهادةِ: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا [٤/ ٩٢ب] ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة:٢٨٢] ثُمَّ الشَّرطُ عَدَدُ المُثَنّى في عُمومِ الشَّهاداتِ القائمةِ على ما يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ، إلاّ في الشَّهادةِ بالزِّنا (٣) فإنّه يُشترَطُ فيها عَدَدُ الأرْبَعةِ (٤) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور:٤]، وقوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾ [النور:١٣]. ولأن الشَّهادةَ في هذا البابِ أحَدُ نوعَي الحُجّةِ، فتُعْتَبَرُ بالنَّوْعِ الآخَرِ وهو الإقرارُ، ثُمَّ عَدَدُ الأقاريرِ الأرْبَعةِ شرطُ ظُهورِ الزِّنا [عندَنا] (٥) فكذا عَدَدُ الشُّهودِ الأرْبَعةِ (٦) بخلافِ سائرِ الحُدودِ، فإنّه لا يُشترَطُ العَدَدُ في الإقرارِ لِظُهورِها، فكذا في الشَّهادة؛ ولأن عَدَدَ الأرْبَعةِ (٧) في [باب] (٨) الزِّنا ثَبَتَ نَصًّا بخلافِ القياس؛ لأن خَبَرَ مَنْ ليس بمَعْصومٍ من الكذِبِ لا يخلو عن احتِمالِ الكذِبِ، وعَدَدُ الأرْبَعةِ في احتِمالِ الكذِبِ، مثلُ عَدَدِ المُثَنّى ما لم يدخلْ في حَدِّ التَّواتُرِ، لَكِنّا عَرَفْناه شرطًا بنَصٍّ خاصٍّ مَعْدولاً به عن القياس فبَقيَ سائرُ الأبوابِ على أصلِ القياس.

وَأمّا فيما لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ كالوِلادةِ والعُيوبِ الباطِنةِ في النِّساءِ فالعَدَدُ فيه ليس بشرطٍ عندَنا (٩)، فتُقْبَلُ فيه شهادةُ امرأةٍ واحدةٍ والثِّنْتانِ أحْوَطُ، وعندَ مالِكٍ والشّافعيِّ- رحمهما الله- أنّ العَدَدَ فيه شرطٌ، إلاّ أنّ عندَ مالِكٍ- رحمه الله- يُكْتَفَى فيه بامرأتَيْنِ (١٠).

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في الزنا».
(٤) في المخطوط: «الأربع».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «الأربع».
(٧) في المخطوط: «الأربع».
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٦/ ١٤٤).
(١٠) ومذهب المالكية: لا تجوز في الولادة وفي عيوب النساء أقل من امرأتين. انظر: المدونة (٥/ ١٥٨).

وَعندَ الشافعي- رحمه الله-: لا بُدَّ [فيه] (١) من الأرْبَعِ (٢).

وجه قولِ مالِكٍ: أنّ شهادةَ الرِّجالِ لَمّا سَقَطَ اعتِبارُها في هذا البابِ لِمَكانِ الضَّرورةِ وجَبَ الاكتِفاءُ بعَدَدِهم من (٣) النِّساءِ.

ووجه قولِ الشّافعيِّ- رحمه الله-: أنّ الشّرعَ أقامَ كُلَّ امرأتَيْنِ في بابِ الشَّهادةِ مَقامَ رجلٍ واحدٍ، ثُمَّ لا يُكتَفَى بأقَلَّ من رجلينِ، فلا يُكتَفى بأقَلَّ من أربَعِ نِسْوةٍ.

ولَنا: أنّ شرطَ العَدَدِ في الشَّهادةِ في الأصلِ ثَبَتَ تَعَبُّدًا غيرُ مَعْقولِ المعنى، لأن خَبَرَ مَنْ ليس بمَعْصومٍ عن الكذِبِ لا يُفيدُ العِلْمَ قَطْعًا ويقينًا، وإنّما يُفيدُه (٤) غالِبُ الرَّأيِ وأكثرُ الظَّنِّ، وهذا ثُبِّتَ (٥) بخَبَرِ الواحدِ العَدْلِ، ولِهذا لم يُشترَطِ العَدَدُ في رِوايةِ الأخْبارِ إلاّ أنّا عَرَفْنا العَدَدَ فيها شرطًا بالنّصِّ، والنّصُّ ورَدَ بالعَدَدِ في شهادةِ النِّساءِ في حالةٍ مَخْصوصةٍ، وهي أنْ يكونَ معهُنّ رجلٌ بقولِه تعالى عَزَّ شَأنُه: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة:٢٨٢]، فبَقِيَتْ حالةُ الانفِرادِ عن الرِّجالِ على أصلِ القياس وقد رُوِيَ أنّ رَسُولَ اللّه ﷺ قَبِلَ شَهادةَ القابِلةِ على الوِلادةِ (٦).

وَلو شَهِدَ رجلٌ واحدٌ بالوِلادةِ يُقْبَلُ؛ لأنه لَمّا قَبِلَ شهادةَ امرأةٍ واحدةٍ فشهادةُ رجلٍ واحدٍ أولى، واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

ومنها: اتِّفاقُ الشَّهادَتَيْنِ فيما يُشترَطُ فيه العَدَدُ فإنِ اختَلَفا لم تُقْبل؛ لأن اختِلافَهما يوجِبُ اختِلافَ الدَّعْوَى والشَّهادةِ؛ ولأن عندَ اختِلافِ الشَّهادتَيْنِ لم يوجَدْ إلاّ أَحَدُ شَطْرَيِ (٧) الشَّهادةِ، ولا يُكْتَفَى (به فيما) (٨) يُشترَطُ فيه العَدَدُ، ثُمَّ نَقولُ: الاختِلافُ قد يكونُ في جنسِ المشهودِ به، وقد يكونُ في قدرِه، وقد يكونُ في الزَّمانِ، وقد يكونُ في المَكانِ، وغيرِ ذلك.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) ومذهب الشافعية: لا تقبل أقل من أربع نسوة في الشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال. انظر: المزني (ص ٣٠٤).

(٣) في المخطوط: «في».

(٤) في المخطوط: «يفيد علم».

(٥) في المخطوط: «يثبت».

(٦) ضعيف: أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٣)، برقم (١٠١)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٥١)، والطبراني في الأوسط (١/ ١٨٩)، برقم (٥٩٦) من حديث حذيفة رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل (٢٦٨٤).

(٧) في المخطوط: «شرطي».

(٨) في المخطوط: «فيه بما».

أمّا اختِلافُهما في الجنسِ فقد يكونُ في العقدِ، وقد يكونُ في المالِ، أمّا في العقدِ فهو أنْ يَشْهَدَ أحَدُهما بالبيعِ والآخَرُ بالميراثِ أو بالهبةِ أو غيرِ ذلك، فلا تُقْبَلُ [لاختِلافِ] (١) العقدَيْنِ صورةً ومَعْنًى، فقد شَهِدَ كُلُّ واحدٍ منهما بعقدٍ غيرِ ما شَهِدَ به الآخَرُ، وليس على أحَدِهما شهادةُ شاهدَيْنِ.

وَأمّا في المالِ فهو أنْ يَشْهَدَ أحَدُهما بمَكيلٍ والآخَرُ بموزونٍ، فلا تُقْبَلُ؛ لأنهما جنسانِ مُخْتَلِفانِ وليس على أحَدِهما شهادةُ شاهدَيْن.

وَأمّا اختِلافُ الشَّهادةِ في قدرِ المشهودِ به، فنحوُ ما إذا ادَّعَى رجلٌ على رجلٍ ألفَيْ درهَمٍ، وأقامَ شاهدَيْنِ شَهِدَ أحَدُهما بألفَيْنِ والآخَرُ بألفٍ، لا تُقْبَلُ عندَ أبي حنيفةَ- رحمه الله- أصلاً، وعندَهما تُقْبَلُ على الألفِ.

وَلو كان المُدَّعي يَدَّعي ألفًا وخمسَمِائةٍ، فشَهِدَ أحَدُهما بألفٍ وخمسِمِائةٍ والآخَرُ بألفٍ، تُقْبَلُ على الألفِ بالإجماعِ.

وجه قولِهما: أنّ الشَّهادةَ لم تُخالفِ الدَّعْوَى في قدرِ الألفِ بل وافَقَتْها بقدرِها، إلاّ أنّ المُدَّعيَ يَدَّعي زيادةَ مالٍ لا شهادةَ لهم عليه، فيَثْبُتُ قدرُ ما وقَعَ الاتِّفاقُ عليه، كما إذا ادَّعَى ألفًا وخمسَمِائةٍ فشَهِدَ أحَدُهما بذلك والآخَرُ بألفٍ تُقْبَلُ (٢) على الألفِ لِما قُلْنا كذا هذا.

وَلأبي حنيفةَ- رحمه الله- أنّ شَطْرَ الشَّهادةِ خالَفَ الدَّعْوَى؛ لأن المُدَّعيَ يَدَّعي ألفَيْنِ، وأنّه اسمٌ وُضِعَ دَلالةً على عَدَدٍ مَعْلومٍ، والاسمُ الموضوعُ دَلالةً على عَدَدٍ لا يَقَعُ على ما دونَ ذلك العَدَدِ كسائرِ أسْماءِ الأعدادِ، كالترك (٣) لألفٍ من الإبلِ والهُنَيْدةِ لِمائةٍ منها ونحوِ ذلك، فلم تكُنِ الألفُ المُفْرَدةُ مُدَّعًى، فلم [٤/ ٩٣أ] تكُنِ الشَّهادةُ شهادة على ما دَخَلَ تَحْتَ الدَّعْوَى فانفَرَدَتِ الشَّهادةُ عن الدَّعْوَى فيما يُشترَطُ فيه الدَّعْوَى، فلا تُقْبَلُ، بخلافِ ما إذا ادَّعَى ألفًا وخمسَمِائةٍ فشَهِدَ أحَدُهما بذلك والآخَرُ بألفٍ أنّه يُقْبَلُ على الألفِ؛ لأن الألفَ والخمْسَمِائةِ اسمٌ لِعَدَدَيْن.

ألا تَرَى أنّه يُعْطَفُ أحَدُهما على الآخَرِ فيُقالُ: ألفٌ وخمسُمِائةٍ فكان كُلُّ واحدٍ منهما

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أنه يقبل».
(٣) في المطبوع: «كالمتروك».

بانفِرادِه داخِلًا تَحْتَ الدَّعْوَى، فالشَّهادةُ القائمةُ عليهما تكونُ قائمةً على كُلِّ واحدٍ منهما مقصودًا، فإذا شَهِدَ أحَدُهما بألفٍ فقد شَهِدَ بأحَدِ العَدَدَيْنِ الدّاخِلينِ تَحْتَ الدَّعْوَى، فكانت الشَّهادةُ موافِقةً لِلدَّعْوَى في عَدَدِ الألفِ فيُقْضَى به للمُدَّعي؛ لِقيامِ الحُجّةِ عليهِ - بخلافِ الألفِ والألفَيْنِ -؛ لأنه اسمٌ لِعَدَدٍ واحدٍ لا تَصِحُّ [١] على ما دونَه بحالٍ، فلم تكُنِ الألفُ المُفْرَدةُ داخِلةً تَحْتَ الدَّعْوَى، فكانت الشَّهادةُ القائمةُ عليها [٢] شهادةً على ما لم يدخلْ تَحْتَ الدَّعْوَى، فلا تُقْبَلُ فهو الفرْقُ بينهما.

وَلو ادَّعَى ألفًا فشَهِدَ أحَدُهما بالألفِ والآخَرُ بألفَيْنِ لا تُقْبَلُ على الألفِ بالإجماعِ؛ لأن المُدَّعيَ كذَّبَ أحَدَ شاهدَيْه في بعضِ ما شَهِدَ به فأوجَبَ ذلك تُهْمةً في الباقي، فلا تُقْبَلُ إلاّ إذا وفَّقَ [٣] فقال: كان لي عليه ألفانِ إلاّ أنّه كان قد قَضاني ألفًا، ولم يَعْلم به الشّاهدُ فيُقْبَلُ.

وَكذا لو ادَّعَى ألفًا فشَهِدَ أحَدُهما بها والآخَرُ بألفٍ وخمسِمِائةٍ لا تُقْبَلُ لِما قُلْنا، إلاّ إذا وفَّقَ [٤] فقال: كان لي عليه ألفٌ وخمسُمِائةٍ، إلاّ أنّه قَضاني خمسَمِائةٍ ولم يَعْلم بها الشّاهدُ فتُقْبَلُ؛ لأنه إذا وفَّقَ [٥] فقد زالَ الاختِلافُ المانِعُ من القَبولِ.

ولو ادَّعَى على رجلٍ أنّه باع عبدَه بألفَيْ درهَمٍ وهو يُنْكِرُ، فشَهِدَ شاهدٌ بألفَيْنِ وآخَرُ بألفٍ، أو ادَّعَى أنّه باعه بألفٍ وخمسِمِائةٍ، فشَهِدَ أحَدُهما بألفٍ وخمسِمِائةٍ، والآخَرُ بألفٍ لا تُقْبَلُ بالإجماعِ؛ لأن الشّاهدَيْنِ اختَلَفا في البَدَلِ، واختِلافُ البَدَلينِ يوجِبُ اختِلافَ العقدَيْنِ، فصارَ كُلُّ واحدٍ منهما شاهدًا بعقدٍ غيرِ [عقدِ] [٦] صاحبِه، وليس على أحَدِهما شهادةُ شاهدَيْنِ فلا تُقْبَلُ ولا يَثْبُتُ العقدُ.

وَكذا لو كان المُشتري مُدَّعيًا والبائعُ مُدَّعًى عليه لِما قُلْنا، فإنْ [٧] كان هذا في الإجارةِ يُنْظَرُ إنْ كانت الدَّعْوَى من المُؤاجرِ في مُدّةِ الإجارةِ لا تُقْبَلُ؛ لأن هذا يكونُ دَعْوَى العقدِ، وليس على أحَدِ العاقِدَيْنِ شهادةُ شاهدَيْنِ فلا تُقْبَلُ كما في بابِ البيعِ.

وَإنْ كانت الدَّعْوَى بعدَ انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ فهذا دَعْوَى المالِ لا دَعْوَى العقدِ، فكان

---

(١) في المخطوط: «يقع».
(٢) في المخطوط: «عليه».
(٣) في المخطوط: «وافق».
(٤) في المخطوط: «وافق».
(٥) في المخطوط: «وافق».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «ولو».

حُكْمُه حُكْمَ سائرِ الدُّيونِ، وقد ذَكَرْناه على الاتِّفاقِ والاختِلافِ.

هذا إذا كانت الدَّعْوَى من المُؤاجرِ، فإنْ كانت من المُسْتَأجِرِ لا تُقْبَلُ، سَواءٌ كانت الدَّعْوَى في المُدّةِ، أو بعدَ انقِضائها، لأن هذا دَعْوَى العقدِ.

ولو كان [1] هذا في النِّكاح، فإنْ كانت الدَّعْوَى من المَرْأةِ، فهذا دَعْوَى المالِ عندَ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ- حتّى إنّها لو ادَّعَتْ على رجلٍ أنّه تزوّجَها على ألفٍ وخمسِمائةٍ، فشَهِدَ لها شاهدانِ أحَدُهما بألفٍ وخمسِمائةٍ والآخَرُ بألفٍ تُقْبَل، والنِّكاحُ جائزٌ بألفِ درهَمٍ عنده.

وَعندَهما لا تُقْبَلُ ولا يجوزُ النِّكاحُ، لأن هذا دَعْوَى العقدِ.

ولو كانت الدَّعْوَى من الرّجلِ، والمَرْأةُ تُنْكِرُ لا تُقْبَلُ بالإجماعِ، لأن هذا دَعْوَى العقدِ، ولو كانت الدَّعْوَى في الخُلْعِ أو في الطَّلاقِ على مالٍ، أو في العَتاقِ على مال، أو في الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ على مالٍ، فإنْ كانت الدَّعْوَى من الزَّوْجِ أو [من] [2] المولى أو وليِّ القِصاصِ تُقْبَلُ، لأن هذا دَعْوَى المالِ، وإنْ كانت الدَّعْوَى من المَرْأةِ أو العبدِ أو القاتِلِ لا تُقْبَلُ؛ لأن هذا دَعْوَى العقدِ.

ولو كان هذا في الكِتابةِ، فإنْ كانت الدَّعْوَى من المُكاتَبِ لا تُقْبَلُ؛ لأن هذا دَعْوَى العقدِ، فلا تُقْبَلُ ولا تَصِحُّ الكِتابةُ، وإنْ كانت من المولى فلا تَصِحُّ؛ لأن للمُكاتَبِ أنْ يُعْجِزَ نفسَه متى شاء.

وَأمّا اختِلافُ الشَّهادةِ في الزَّمانِ والمَكانِ، فإنّه يُنْظَرُ إنْ كان ذلك في الأقاريرِ لا يَمْنَعُ القَبولَ، وإنْ كان في الأفاعيلِ من القَتْلِ والقَطْعِ والغَصْبِ وإنْشاءِ البيعِ، والطَّلاقِ والعَتاقِ والنِّكاح ونحوِها يَمْنَعُ القَبولَ.

ووجه الفرق: أنّ الإقرارَ مِمّا يحتملُ التّكْرارَ، فيُمْكِنُ التّوْفيقُ بين الشَّهادَتَيْنِ لِسَماعِه عن الإقرارِ في زَمانَيْنِ أو مَكانيْنِ، فلا يَتَحقَّقُ الاختِلافُ بين الشَّهادَتَيْنِ، بخلافِ القَتْلِ والقَطْعِ وإنْشاءِ [البيعِ وغيرِه من] [3] العُقودِ والفُسوخِ؛ (لأن هذا لا يحتملُ) [4] التّكْرارَ، فاختِلافُ الزَّمانِ والمَكانِ فيها يوجِبُ اختِلافَ الشَّهادَتَيْنِ فيَمْنَعُ القَبولَ، وباللَّه التّوْفيقُ.

---

(١) في المطبوع: «كانت».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «لأنها لا تحتمل».

وَلو ادَّعَى رجلٌ على رجلٍ قَرْضَ [٤/ ٩٣ب] ألفِ درهَم، فشَهِدَ شاهدانِ أحَدُهما على القَرْضِ والآخرُ على القَرْضِ والقَضاءِ، يَقْضي بشهادَتِهما على القَرْضِ ولا يَقْضي بالقَضاءِ في ظاهرِ الرِّوايةِ.

وَرويَ عن أبي يوسفَ- رحمه الله- أنّه لا يَقْضي بشهادَتِهما بالقَرْضِ أيضًا؛ لأنهما وإنِ اجتَمَعا على الشَّهادةِ بالقَرْضِ لَكِنّ الذي شَهِدَ بالقَضاءِ فسخ شهادَتَه بالقَرْضِ، فبَقيَ على القَرْضِ شاهدٌ واحدٌ فلا يَقْضي بالشَّهادةِ، والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأن الشَّهادَتَيْنِ اختلَفَتا في القَضاءِ لا في القَرْضِ، بل اتَّفَقا على القَرْضِ فيُقْضَى به.

وقولُه: شاهدُ القَضاءِ فسخ شهادَتَه بالقَرْضِ قُلْنا: ممنوعٌ بل قَرَّرَ شهادَتَه على القَرْضِ، لأن قَضاءَ القَرْضِ بعدَ القَرْضِ يكونُ.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى المَكانِ فواحدٌ وهو مجلِسُ القَضاءِ؛ لأن الشهادة لا تصير حجة ملزمة (إلا بقضاء)[1] القاضي فتخص[2] مجلس القضاء.

ومنها: الذُّكورةُ في الشَّهادةِ بالحُدودِ والقِصاصِ فلا تُقْبَلُ فيهما شهادةُ النِّساءِ؛ لِما رويَ عن الزُّهْريِّ- رحمه الله- أنّه قال: مَضَتِ السُّنّةُ من لَدُنْ رَسولِ اللّه ﷺ والخليفَتَيْنِ من بعدِهِ- رِضْوانُ اللّه تعالى عليهما- أنّه لا تُقْبَلُ شهادةُ النِّساءِ في الحُدودِ والقِصاصِ[3]، ولأن الحُدودَ والقِصاصَ مَبناهما على الدَّرْءِ والإسقاطِ بالشُّبُهاتِ، وشهادةُ النِّساءِ لا تَخْلو عن شُبْهةٍ؛ لأنهُنّ جُبِلْنَ على السَّهْوِ والغَفْلةِ و[4] نُقْصانِ العَقْلِ والدّينِ، فيورِثُ ذلك شُبْهةً بخلافِ سائرِ الأحْكامِ؛ لأنها تَجِبُ مع الشُّبْهةِ؛ ولأن جوازَ شهادةِ النِّساءِ على البَدَلِ من شهادةِ الرِّجالِ، والإبْدالُ في بابِ الحُدودِ غيرُ (مقبولٍ، كالكَفالاتِ)[5] والوكالاتِ.

وَأمّا الشَّهادةُ على الأموالِ فالذُّكورةُ ليستْ فيها بشرطٍ، والأُنوثةُ ليستْ بمانِعةٍ بالإجماعِ، فتُقْبَلُ فيها شهادةُ النِّساءِ مع الرِّجالِ لِقولِ اللّه تبارك وتعالى في بابِ المُدايَنةِ:

---

(١) في المطبوع: «القضاء».
(٢) في المخطوط: «فيختص».
(٣) ضعيف: انظر إرواء الغليل (٢٦٨٢)، والأثر أخرجه ابن الجعد في مسنده (١/ ٤٩)، برقم (١٩٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣٣٣)، برقم (١٣٣٧٥) من قول إبراهيم، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٣٣)، برقم (٢٨٧١٤) من قول الزهري، وأخرجه من قول الحسن (٥/ ٥٣٣)، برقم (٢٨٧١٩).
(٤) زاد في المخطوط: «ما بهن من».
(٥) في المخطوط: «مقبولة كالكفارات».

﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢] واختُلِفَ في اشْتِراطِها في (الشَّهادةِ بالحُقوقِ) [١] التي ليستْ بمالٍ، كالنِّكاح والطَّلاقِ والنَّسَبِ، قال أصحابُنا رضي الله عنهم: ليستْ بشرطٍ [٢].

وقال الشّافعيُّ رضي الله عنه: شرطٌ [٣].

وجه قولِ الشّافعيِّ-رحمه الله- أنّ شهادةَ النِّساءِ حُجّةٌ ضرورةً؛ لأنها [جُعِلَتْ] [٤] حُجّةً في بابِ الدّياناتِ [٥] عندَ عَدَمِ الرِّجالِ، ولا ضرورةَ في الحُقوقِ التي ليستْ بمالٍ لاندِفاعِ الحاجةِ فيها بشهادةِ الرِّجالِ، ولِهذا لم تُجْعَلْ حُجّةً في بابِ الحُدودِ والقِصاصِ. وكذا لم تُجْعَلْ حُجّةً بانفِرادِهِنّ فيما يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ.

ولنا قوله تبارك وتعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ...﴾ [الآية] [٦]، جعل اللّه سبحانه وتعالى لِرجلٍ وامرأتَيْنِ شهادةً على الإطْلاقِ؛ لأنه سبحانه وتعالى جعلهم من الشُّهَداءِ، والشّاهدُ المُطْلَقُ مَنْ له شهادةٌ على الإطْلاقِ، فاقْتَضَى أنْ يكونَ لهم شهادةٌ في سائرِ الأحْكامِ، إلاّ ما قُيِّدَ بدَليلٍ.

وَرويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه أجازَ شهادةَ النِّساءِ مع الرِّجالِ في النِّكاح والفُرْقةِ [٧]، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ من الصّحابةِ فكان إجماعًا منهم على الجوازِ؛ ولأن شهادةَ رجلٍ وامرأتَيْنِ في إظهارِ المشهودِ به مثلُ شهادةِ رجلينِ، لِرُجْحانِ جانِبِ [٨] الصِّدْقِ فيها على جانِبِ [٩] الكذِبِ بالعَدالةِ، لا أنّها لم تُجْعَلْ حُجّةً فيما يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ لِنوعِ قُصورٍ وشُبْهةٍ فيها (لِما ذَكَرْنا) [١٠]، وهذِه الحُقوقُ تَثْبُتُ بدَليلٍ فيه شُبْهةٌ.

---

(١) في المخطوط: «الحقوق».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٦/ ١١٤).

(٣) مذهب الشافعية: أنه لا تجوز شهادة النساء مع الرجال في غير الأموال، ولا يجوز في الوصية إلا الرجل. انظر: الأم (٧/ ٤٧، ٤٨).

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «المداينات».

(٦) بدلها في المخطوط: « ﴿شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢] ».

(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٨/ ٣٢٩-٣٣٠).

(٨) في المخطوط: «جنبة».

(٩) في المخطوط: «جنبة».

(١٠) في المخطوط: «على ما ذكرناه».

وَأمّا قولُه (بأنّها ضرورةٌ، فلا تسلَمُ) [(١)]، فإنّها مع القُدْرةِ على شهادةِ الرِّجالِ في بابِ الأموالِ مقبولةٌ، فدَلَّ أنّها شهادةٌ مُطْلَقَةٌ لا ضرورةٌ [(٢)].

وَبِه تبَيَّنَ أنّ نُقْصانَ الأُنوثةِ يَصيرُ مجبورًا بالعَدَدِ فكانت شهادةً مُطْلَقَةً.

و[كذا] [(٣)] اختُلِفَ في اشْتِراطِها في الشَّهادةِ على الإحصانِ، قال عُلَماؤُنا الثّلاثةُ رضي الله عنهم: لَيْسَتْ بشرطٍ، وقال زُفَرُ: شرطٌ حتّى يَظْهَرَ الإحصانُ بشهادةِ رجلٍ وامرأتَيْنِ، عندَنا (وعندَه لا يَظْهَرُ) [(٤)].

وجه قولِ زُفَرَ-رحمه الله-: أنّ الذُّكورةَ شرطٌ في عِلّةِ العُقوباتِ بالإجماعِ، حتّى لا يَظْهَرَ بشهادةِ رجلٍ وامرأتَيْنِ، والإحصانُ من جُمْلةِ أوصافِ العِلّةِ؛ لأن عِلّةَ وُجوبِ الرَّجْمِ ليس هو الزِّنا المُطْلَقَ، بل الزِّنا لِموصوفٍ بالتّغْليظِ، ولا يَتَغَلَّظُ إلاّ بالإحصانِ، فكان الإحصانُ من جُمْلةِ العِلّةِ فلا يَثْبُتُ بشهادةِ النِّساءِ، ولِهذا لو أقَرَّ بالإحصانِ جازَ [(٥)] رُجوعُه، كما أنّه لو أقَرَّ بالزِّنا رجع.

وَكذا الشَّهادةُ القائمةُ على الإحصانِ [تقبل] [(٦)] من غيرِ دَعْوَى كالشَّهادةِ القائمةِ على الزِّنا. (ولَنا) قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ [شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ [٤/ ٩٤أ] يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ] [(٧)]﴾ [البقرة:٢٨٢] الآيةَ، ودَلالَتُها على نحوِ ما تَقَدَّمَ مع الشّافعيِّ- رحمه الله تعالى-.

وَامّا قولُه: «الإحصانُ من جُمْلةِ العِلّةِ»، (قُلْنا: «لا ممنوعٌ») [(٨)]، بل هو شرطُ العِلّةِ» فيَصيرُ الزِّنا عندَه عِلّةً، والحُكْمُ يُضافُ إلى العِلّةِ لا إلى الشّرطِ لِما عُرِفَ في أُصولِ الفِقْه.

وَأمّا الرُّجوعُ عنه بعدَ الإقرارِ فلا نُسَلِّمُ أنّه لا يَصِحُّ [فإنه ذكر في اختلاف يعقوب أنه يصح] [(٩)] الرُّجوعُ في قولِ أبي يوسفَ-رحمه الله-، ولا يَصِحُّ في قولِ زُفَرَ-رحمه الله-، وهذا حُجّةٌ على زُفَرَ، ولا رِوايةَ فيه عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله-، فلَنا أنْ نَمْنَعَ، وعَدَمُ اشْتِراطِ الدَّعْوَى يَدُلُّ على أنّه حَقُّ اللّه سبحانه وتعالى لا على أنّه

---

(١) في المخطوط: «إنها ضرورية ممنوع».
(٢) في المخطوط: «ضرورية».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «خلافًا له».
(٥) في المخطوط: «ثم رجع صح».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «فممنوع».
(٩) زيادة من المخطوط.

تُضافُ إليه العُقوبةُ .

ألا تَرَى أنّ الدَّعْوَى ليستْ بشرطٍ في عِتْقِ الأمةِ إجماعًا ، ولا في عِتْقِ العبدِ عندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ ، وإنْ كان لا يَتَقَرَّرُ (١) تَعَلُّقُ عُقوبةٍ به ونَحْنُ نُسَلِّمُ أنّ الإحصانَ حَقُّ اللَّه تعالى في هذا الوقْتِ ، على ما عُرِفَ في الخلافيّاتِ .

ومنها: إسلامُ الشّاهدِ إذا كان المشهودُ عليه مسلمًا ، حتّى لا تُقْبَلَ شهادةُ الكافرِ على المسلمِ ؛ [لأن الشَّهادةَ فيها معنى الوِلايةِ ، وهو تَنْفيذُ القولِ على الغيرِ ، ولا وِلايةَ للكافرِ] (٢) ، فلا شهادةَ له عليه ، وتُقْبَلُ شهادةُ المسلمِ على الكافرِ ؛ لأنه من أهْلِ أنْ يَثْبُتَ (٣) له الوِلايةُ على المسلمِ فعلى الكافرِ أولى .

وَأمّا إذا كان المشهودُ عليه كافرًا ، فإسلامُ الشّاهدِ ، هَلْ هو شرطٌ لِقَبولِ شهادَتِه عليهِ؟ فقد اخْتُلِفَ فيه ، قال أصحابُنا رضي الله عنهم : ليس بشرطٍ (٤) حتّى تُقْبَلَ شهادةُ أهْلِ الذِّمّةِ بعضِهم على بعضٍ ، سَواءٌ اتَّفَقَتْ مِلَلُهم أو اختَلَفَتْ بعدَ أنْ كانوا عُدولاً في دينِهم .

وقال الشّافعيُّ-رحمه الله-: شرطٌ حتّى لا تُقْبَلَ شهادَتُهم أصلاً (٥) . واحتَجَّ بقولِه سبحانه وتعالى : ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء :١٤١] نَفَى اللَّه سبحانه وتعالى أنْ يكونَ (للكافِرينَ على المُؤمِنينَ) (٦) سَبيلٌ ، وفي (قَبولِ شهادةِ بعضِهم) (٧) على بعضٍ إثْباتُ السَّبيلِ (للكافِرينَ على المُؤمِنينَ) (٨) ؛ لأنه [لا] (٩) يجبُ على القاضي القَضاءُ بشهادَتِهم ، وأنّه مَنْفيٌّ ؛ ولأن العَدالةَ شرطُ قَبولِ الشَّهادةِ ، والفِسْقُ مانِعٌ (١٠) ، والكُفْرُ رَأسُ الفِسْقِ ، فكان أولى بالمَنْعِ من القَبولِ .

ولَنا قولُ النّبيِّ ﷺ في ذلك الحديثِ : «فإذا قَبِلوا عقدَ الذِّمّةِ فأعلِمْهم أنّ لهم ما للمسلمينَ وعليهم ما على المسلمينَ» (١١) ، وللمسلمِ على المسلمِ شهادةٌ ، فكذا لِلذِّمّيِّ على الذِّمّيِّ ،

---

(١) في المخطوط : «يتقدر» .

(٢) ليست في المخطوط .

(٣) في المخطوط : «تثبت» .

(٤) انظر في مذهب الحنفية : مختصر الطحاوي (ص ٣٣٥) ، المبسوط (١٦/ ١٤٠) .

(٥) وفي بيان مذهب الشافعية : لا تجوز شهادة أهل الكفر بعضهم على بعض . انظر : الأم (٦/ ٢٣٣) ، المزني (ص ٣٠٥) .

(٦) في المخطوط : «للكافر على المؤمن» .

(٧) في المخطوط : «شهادتهم على بعض» .

(٨) في المخطوط : «للكافر على المؤمن» .

(٩) زيادة من المخطوط .

(١٠) في المخطوط : «تابع» .

(١١) انظر : نصب الراية (٤/ ٥٥) .

فظاهرُه (١) يَقْتَضي أنْ يكونَ لِلذِّمّيِّ على المسلمِ شهادةٌ كالمسلم (٢)، إلاّ أنّ ذلك صارَ مَخْصوصًا من عُمومِ النّصِّ، ولأن الحاجةَ مَسَّتْ إلى صيانةِ حُقوقِ أَهْلِ الذِّمّةِ. ولا تَحْصُلُ الصّيانةُ إلاّ وأنْ يكونَ لِبعضِهم على بعضٍ شهادةٌ، ولا شَكَّ أنّ الحاجةَ إلى صيانةِ حُقوقِهم ماسّةٌ؛ لأنهم إنّما قَبِلوا عقدَ الذِّمّةِ لِتكونَ دِماؤُهم كدِمائنا، وأموالُهم كأموالِنا.

والدَّليلُ على أنّ الصّيانةَ لا تَحْصُلُ إلاّ وأنْ يكونَ لِبعضِهم على بعضٍ شهادةٌ؛ لأن هذِه المُعامَلاتِ تكْثُرُ فيما بينهم، والمسلمونَ لا يَحْضُرونَ مُعاقَدَتِهم لِيَتَحَمَّلوا حَوادِثَهم، فلو لم يَكُنْ لِبعضِهم على بعضٍ شهادةٌ لَضاعَتْ حُقوقُهم عندَ الجُحودِ والإنْكارِ فدَعَتِ الحاجةُ إلى الصّيانةِ بالشَّهادةِ.

وَأمّا الآيةُ الكَريمةُ فوُجوبُ القَضاءِ لا يَثْبُتُ بالشَّهادةِ وإنّما يَثْبُتُ بالتّقْليدِ السّابِقِ، والشَّهادةُ شرطُ الوُجوبِ، والحُكْمُ لا يَثْبُتُ بالشّرطِ، فلا يكونُ في قَبولِ شهادةِ بعضِهم على بعضٍ (٣) إثْباتُ السَّبيلِ للكافِرِ على المُؤمِنِ، سَواءٌ اتَّفَقَتْ مِلَلُهم أو اختَلَفَتْ، فتُقْبَلُ شهادةُ النّصْرانيِّ على اليَهوديِّ، واليَهوديِّ على [النصراني و] (٤) المَجوسيِّ.

وَقال ابن ابي ليلى: إنِ اختَلَفَتْ لا تُقْبَلُ، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأن الكُفْرَ وإنِ اختَلَفَتْ أنْواعُه صورةً، فهو مِلّةٌ واحدةٌ حَقيقةً، فتُقْبَلُ شهادةُ بعضِهم على بعضٍ كيْفَ ما كان، بعدَ أنْ يكونَ الشّاهدُ من أهْلِ دارِ الإسلامِ، حتّى لا تُقْبَلَ شهادةُ المُسْتَأمَنِ على الذِّمّيِّ، لأنه ليس من أهْلِ دارِ الإسلامِ حَقيقةً، وإنْ كان فيها صورةً؛ لأنه ما دَخَلَ دارَنا لِلسُّكْنَى فيها بل لِيَقْضيَ حَوائجَه، ثُمَّ يَعودَ عن قَريبٍ، فلم يَكُنْ من أهْلِ دارِ الإسلامِ، والذِّمّيُّ من أهْلِ دارِ الإسلامِ، فاختَلَفَتِ الدّارانِ فلم تُقْبل شهادتُهُ على الذميِّ وتُقْبل شهادةُ الذِّمّيِّ عليه بالنّصِّ الذي رَوَيْنا، وصارَ حُكْمُ المُسْتَأمَنِ مع الذِّمّيِّ في الشَّهادةِ كحُكْمِ الذِّمّيِّ مع المسلمِ.

وَشهادةُ المُسْتَأمَنِ تُقْبَلُ على المُسْتَأمَنِ إنِ اتَّفَقَتْ دارُهم ومِلَلُهم، وإنِ اختَلَفَتْ لا تُقْبَلُ، ومنها: عَدَمُ التّقادُمِ في الشَّهادةِ على الحُدودِ كُلِّها إلاّ حَدَّ القَذْفِ، حتّى لا تُقْبَلَ الشَّهادةُ عليها إذا تَقادَمَ العَهْدُ، إلاّ على حَدِّ القَذْفِ، بخلافِ الإقرارِ لِما (٥) عُرِفَ في كِتابِ الحُدودِ، واللّه تعالى أعلمُ.

(١) في المخطوط: «وظاهره».
(٢) في المخطوط: «كما للمسلم».
(٣) في المخطوط: «البعض».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «على ما».

ومنها: قيامُ الرّائحةِ في الشَّهادةِ على شُرْبِ الخمْرِ إذا لم يَكُنْ [٤/ ٩٤ب] سَكْرانَ، ولم يُحَقَّقْ أنّه من مَسيرِه لا يَبْقَى الرّيحُ [١] من المَجيءِ به من مثلِها عادةً عندَهما [٢]، وعندَ محمّدٍ ليس بشرطٍ، وهي من مَسائلِ الحُدودِ وتُذْكَرُ هنالِكَ إنْ شاء اللّه تعالى.

ومنها: الأصالةُ في الشَّهادةِ [على الحُدودِ والقِصاصِ، حتّى لا تُقْبَلَ فيها الشَّهادةُ بطريقِ النّيابةِ، وهي الشَّهادةُ على الشَّهادةِ عندَنا] [٣] [٤]، كذا [٥] لا يُقْبَلُ فيها كِتابُ القاضي إلى القاضي؛ لأنه في معنى الشَّهادةِ على الشَّهادةِ، وعندَ الشّافعيِّ-رحمه الله- ليس بشرطٍ، حتّى تُقْبَلَ فيها الشَّهادةُ على الشَّهادةِ [٦].

وَأَجْمَعوا على أنّها ليستْ بشرطٍ في الأموالِ والحُقوقِ المُجَرَّدةِ عنها؛ فتُقْبَلُ فيها الشَّهادةُ على الشَّهادةِ، وكِتابُ القاضي إلى القاضي، إلاّ في العبدِ الآبِقِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسفَ تُقْبَلُ فيه أيضًا على ما نَذْكُرُ في «كِتابِ أدَبِ القاضي».

وجه قولِ الشافعي-رحمه الله-: أنّ الفُروعَ يُؤَدّونَ الشَّهادةَ نيابةً عن الأُصولِ، فكانت شهادَتُهم شهادةَ الأُصولِ مَعْنًى، وشهادةُ الأُصولِ على الحُدودِ والقِصاصِ مقبولةٌ.

ولَنا: أنّ الحُدودَ والقِصاصَ مِمّا تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ، والشَّهادةُ على الشَّهادةِ لا تَخْلو عن شُبْهةٍ، ولِهذا لا تُقْبَلُ فيها شهادةُ النِّساءِ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهةِ في شهادَتِهِنّ بسببِ السَّهْوِ والغَفْلةِ، بل أولى؛ لأن الشُّبْهةَ هنا تَمَكَّنَتْ في مجلِسٍ [٧]، فكان فيها زيادةٌ ليستْ في شهادةِ الأُصولِ؛ ولأن الحُدودَ لَمّا كانت مَبنيّةً على الدَّرْءِ أوجَبَ ذلك اختِصاصَها بحُجَجٍ مَخْصوصةٍ، (بل إيقافَ) [٨] إقامَتِها، ولِهذا شُرِطَ عَدَدُ الأرْبَعةِ [٩] في الشَّهادةِ على الزِّنا؛ لأن [١٠] اطِّلاعَ أرْبَعةٍ من الرِّجالِ الأحْرارِ على غَيْبوبةِ ذَكَرِه في فرْجِها، كما يَغيبُ الميلُ في المُكْحُلةِ نادِرٌ غايةَ النُّدْرةِ.

---

(١) في المخطوط: «الرائحة».

(٢) في المخطوط: «عند أبي حنيفة وأبي يوسف».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٣٣)، المبسوط (١٦/ ١١٥).

(٥) في المخطوط: «وكذا».

(٦) ومذهب الشافعية: تجوز الشهادة على الشهادة في كل حق لكل آدمي مال أو حد أو قصاص. انظر الأم (٦/ ٢٣٢)، المزني (ص ٣١١).

(٧) في المخطوط: «محلين».

(٨) في المخطوط: «فقل اتفاق».

(٩) في المخطوط: «الأربع».

(١٠) في المخطوط: «لما أن».

ثُمَّ نَقول:

الكَلامُ في الشَّهادةِ على الشَّهادةِ يَقَعُ في مَواضِعَ:

في صورةِ تَحَمُّلِ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ.

وفي شَرائطِ التّحَمُّلِ.

وفي صورةِ أداءِ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ.

وفي شَرائطِ الأداءِ.

أمّا صورةُ التّحَمُّلِ فلَها عِبارَتانِ: مُخْتَصَرةٌ، ومُطَوّلةٌ.

أمّا اللَّفظُ المُخْتَصرُ: فهو أنْ يقولَ شاهدُ الأصلِ: **«أشهَدُ على شهادَتي أنّي أشهَدُ أنّ لِفُلانٍ على فُلانٍ كذا»**، أو يقولَ: **«أشهَدُ أنّ لِفُلانٍ على فُلانٍ كذا، فأشهَدُ على شهادَتي بذلك»**.

وَأمّا المُطَوّلُ فهو أنْ يقولَ شاهدُ الأصلِ: **«أشهَدُ أنّ لِفُلانٍ على فُلانٍ كذا، أُشهِدُكَ على شهادَتي هذِه وآمُرُكَ أنْ تَشهَدَ على شهادَتي هذِه فاشهَدْ»**.

وأمّا شَرائطُ تَحَمُّلِ هذِه الشَّهاداتِ فما ذَكَرْنا في عُمومِ الشَّهاداتِ.

وَأمّا الذي يختَصُّ بها فأنْواعٌ:

منها: الإشْهادُ حتّى لا يَصِحَّ التّحَمُّلُ بنفسِ السَّماعِ دونَ الإشْهادِ، حتّى لو قال: **«أشهَدُ أنّ لِفُلانٍ على فُلانٍ كذا»** فسَمِعَ [(١)] إنسانٌ لَكِنْ لم يَقُلْ: **«اشهَدْ أنتَ»** لم يَصِحَّ التّحَمُّلُ بخلافِ سائرِ الشَّهاداتِ، أنّه يَصِحُّ التّحَمُّلُ فيها بنفسِ مُعايَنةِ الفعلِ وسَماعِ الإقرارِ والإنْشاءِ من غيرِ إشْهادٍ.

ووجه الفرْقِ: أنّ الفُروعَ يَشْهَدونَ نيابةً عن الأُصولِ فلا بُدَّ من الإنابةِ منهم، وذلك بالإشْهادِ بخلافِ سائرِ الشَّهاداتِ؛ لأن تَحَمُّلَ الشّاهدِ في سائرِها [(٢)] بطريقِ الإحالةِ [(٣)] بنفسِه لا بغيرِه، فيَصِحُّ التّحَمُّلُ فيها بِطريقِ [(٤)] المُعايَنةِ.

وَمنها: الإشْهادُ على شهادَتِه حتّى لو قال: **«أشهَدُ بمثلِ ما شَهِدتُ»**، أو **«كَما شَهِدت»**، أو **«على ما شَهِدتُ»** لا يَصِحُّ التّحَمُّلُ ما لم يَقُلْ **«على شهادَتي»**؛ لأن معنى التّحَمُّلِ والإنابةِ لا

(١) في المخطوط: «فسمعه».

(٢) في المخطوط: «سائر الشهادات».

(٣) في المخطوط: «الأصالة».

(٤) في المخطوط: «بنفس».

يَحْصُلُ [١] إلاّ بالإشْهادِ على شهادَتِه .

وَمنها: عَدَدُ التّحَمُّلِ، وهو أنْ يَتَحمَّلَ من كُلِّ واحدٍ من شاهدَيِ الأصلِ اثنانِ، حتّى لو تَحمَّلَ من أحَدِهما واحدٌ، وتَحمَّلَ من الآخَرِ واحدٌ لا يَصِحُّ التّحَمُّلُ؛ لأن الشَّهادةَ حَقٌّ ثابتٌ في ذِمّةِ الشّاهدِ، والحُقوقُ الثّابِتةُ في الذِّمَمِ لا يَنْقُلُها إلى القاضي إلاّ شاهدانِ، ولو تَحمَّلَ اثنانِ من أحَدِهما شهادَتَه، ثُمَّ تَحمَّلا من الآخَرِ شهادَتَه جازَ التّحَمُّلُ؛ لأنه اجتَمع على التّحَمُّلِ من كُلِّ واحدٍ منهما شاهدانِ، فأمّا الذُّكورةُ في تَحمُّلِ هذِه الشَّهادةِ فليستْ بشرطٍ حتّى يَصِحَّ التّحَمُّلُ فيها من النِّساءِ .

وأمّا صورةُ أداءِ هذِه الشَّهادةِ فلَها لَفْظانِ أيضًا: مُخْتَصَرٌ، ومُطَوّلٌ فالمُخْتَصَرُ أنْ يقولَ: «**شَهِدَ فُلانٌ عندي أنّ لِفُلانٍ على فُلانٍ كذا وأشْهَدَني على شهادَتِه بذلك فأنا أشْهَدُ على شهادَتِه بذلك**» .

وامّا المُطَوّلُ: فهو أنْ يقولَ: «**شَهِدَ عندي فُلانٌ أنّ لِفُلانٍ على فُلانٍ كذا، وأشْهَدَني على شهادَتِه بذلك، وأمَرَني أنْ أشْهَدَ على شهادَتِه بذلك، وأنا أشْهَدُ الآنَ على شهادَتِه بذلك**»، ولو لم يَقُلْ: «**وَأمَرَني أنْ أشْهَدَ على شهادَتِه بذلك**» جازَ؛ لأن معنى التّحَمُّلِ والإنابةِ يَتَأدَّى بقولِه: «**أشْهَدَني على شهادَتِهِ**» فكان قولُه: «**أمَرَني بذلك من بابِ التّأكيدِ**» .

وامّا شَرائطُها: فما ذَكَرْناه كسائرِ [٢] الشَّهاداتِ والذي يختَصُّ بهذِه الشَّهادةِ أنْ يكونَ (المشهودُ عليه) [٣] مَيِّتًا، أو غائبًا مَسيرةَ سفَرٍ، أو مَريضًا لا يَسْتَطيعُ أنْ يَحْضُرَ مجلِسَ القَضاءِ؛ لأن جوازَ هذِه الشَّهادةِ للحاجةِ [٤] والضَّرورةِ، ولا تَتَحقَّقُ الضَّرورةُ إلاّ في هذِه المَواضِعِ .

وَأمّا الذُّكورةُ فليستْ بشرطٍ لأداءِ هذِه الشَّهادةِ فتُقْبَلُ فيها شهادةُ النِّساءِ مع الرِّجالِ لِقولِه تبارك وتعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢] فظاهرُ النّصِّ يَقْتَضي أنْ يكونَ لِلنِّساءِ مع الرِّجالِ شهادةٌ على الإطْلاقِ من غيرِ فصلٍ، إلاّ ما قُيِّدَ بدَليلٍ؛ ولأن قَضيّةَ القياس أنْ لا تُشترَطَ الذُّكورةُ والأصلُ [٥] في عُمومِ الشَّهاداتِ،

---

(١) في المخطوط: «تحصل».

(٢) في المخطوط: «السائر».

(٣) في المخطوط: «المشهد».

(٤) في المخطوط: «لمكان الحاجة».

(٥) في المخطوط: «والأصالة».

إلاّ أنّ اشْتِراطَ الذُّكورةِ في شهادةِ الأُصولِ على الحُدودِ والقِصاصِ ثَبَتَ بنَصٍّ خاصٍّ، وهو حَديثُ الزُّهْريِّ-رحمه الله- لِتَمَكُّنِ شُبْهةٍ في شهادَتِهِنّ ليستْ في شهادةِ الرِّجالِ، واشْتِراطُ الأصالةِ في الشَّهادةِ لِتَمَكُّنِ زيادةِ شُبْهةٍ في شهادةِ الفُروعِ [(١)] ليستْ في شهادةِ الأُصولِ [(٢)]، وهو الشُّبْهةُ في الشَّهادَتَيْنِ على ما ذَكَرْنا، فشُرِطَ ذلك احتيالاً لِدرْءِ ما يَنْدرِئُ بالشُّبُهاتِ، والأموالُ والحُقوقُ مِمّا ثَبَتَ [(٣)] بالشُّبْهةِ فبقيت [(٤)] على أصلِ القياس، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

فصل [فيما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة]

وَأمّا بيانُ ما يَلْزَمُ الشّاهدَ بتَحَمُّلِ الشَّهادةِ:

فالذي يَلْزَمُه أداءُ الشَّهادةِ لِلَّه سبحانه وتعالى فيما سِوَى أسْبابِ الحُدودِ، لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ [الطلاق:٢]، وقولِه عَزَّ شَأنُه: ﴿كُونُواْ قَوَّٰمِينَ [بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ] [(٥)] لِلَّهِ﴾ إلاّ أنّ في الشَّهادةِ القائمةِ على حُقوقِ العِبادِ وأسْبابِها لا بُدَّ من طَلَبِ المشهودِ له لِوُجوبِ [(٦)] الأداءِ، فإذا طَلَبَ وجَبَ عليه الأداءُ، حتّى لو امتَنَعَ بعدَ الطَّلَبِ يَأثَمُ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ﴾ [البقرة:٢٨٢] أي دُعوا لأداءِ الشَّهادةِ؛ لأن الشَّهادةَ أمانةُ المشهودِ له في ذِمّةِ الشّاهدِ. وقال سبحانه وتعالى: [﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة:٢٨٣] وقال تعالى جَلَّ شَأنُه] [(٧)]-: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء:٥٨].

وَأمّا [(٨)] في حُقوقِ اللَّه تبارك وتعالى، وفيما سِوَى أسْبابِ الحُدودِ، [من] [(٩)] نحو طَلاقِ امرأةٍ [(١٠)] وإعتاقِ عبدٍ، والظِّهارِ والإيلاءِ ونحوها [(١١)] من أسْبابِ الحُرُماتِ تَلْزَمُه الإقامةُ حِسْبةً لِلَّه تبارك وتعالى عندَ الحاجةِ إلى الإقامةِ (من غيرِ) [(١٢)] طَلَبِ (من أحَدٍ) [(١٣)] من العِبادِ.

---

(١) في المخطوط: «الفرع».
(٢) في المخطوط: «الأصل».
(٣) في المخطوط: «يثبت».
(٤) في المطبوع: «فثَبَتَ».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «لوجود».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «وما».
(٩) زيادة من المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «المرأة».
(١١) في المخطوط: «وغيرها».
(١٢) في المخطوط: «عند».
(١٣) في المخطوط: «واحد».

وَأمّا في أسْبابِ الحُدودِ من الزِّنا والسَّرِقةِ وشُرْبِ الخمْرِ والقَذْفِ فهو مُخَيَّرٌ بين أنْ يَشْهَدَ حِسْبةً لِلَّه تعالى، وبين أنْ يَسْتُرَ؛ لأن كُلَّ واحدٍ منهما أمرٌ مَنْدوبٌ إليه، قال اللَّه تبارك وتعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ [الطلاق:٢]، وقَالَ عليه الصلاة والسلام: «مَنْ سَتَرَ على مسلم سَتَرَ اللَّه عليه فِي الدُّنْيَا والآخِرةِ» (١) وقد نَدَبَه الشّرعُ إلى كُلِّ واحدٍ منهما، إنْ شاء اختارَ جِهةَ الحِسْبةِ فأقامَها لِلَّه تعالى، وإنْ شاء اختارَ جِهةَ السَّتْرِ فيَسْتُرُ (٢) على أخيه المسلمِ.

فصل [في حكم الشهادة]

وَأمّا بيانُ حُكمِ الشَّهادةِ: فحُكْمُها وُجوبُ القَضاءِ على القاضي؛ لأن الشَّهادةَ عندَ استِجْماعِ شَرائطِها مُظْهِرةٌ للحَقِّ، والقاضي مَأمورٌ بالقَضاءِ بالحقِّ، قال اللَّه تبارك وتعالى: ﴿يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص:٢٦]، [وثُبوتُ ما يَتَرَتَّبُ عليها من الأحْكامِ] (٣) والله أعلم.

* * *

(١) أخرجه مسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، برقم (٢٦٩٩)، والترمذي، برقم (١٤٢٥)، وابن ماجه، برقم (٢٢٥)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) في المخطوط: «فستر».

(٣) ليست في المخطوط.



كتاب الرجوع عن الشهادة



كتاب الرجوع عن الشَّهادة (١)

الكَلامُ في هذا الكِتابِ في الأصلِ في موضِعٍ واحدٍ، وهو بيانُ حُكْمِ الرُّجوعِ عن الشَّهادةِ، فنَقولُ وباللَّه التَّوْفيقُ:

الرُّجوعُ عن الشَّهادةِ يَتَعَلَّقُ به حُكْمانِ:

أحدُهما: يرجعُ إلى مالِ الشّاهدِ.

والثّاني: يرجعُ إلى نفسِه.

أمّا الذي يرجعُ إلى مالِه فهو وُجوبُ الضَّمانِ، والكَلامُ فيه في ثلاثةِ مَواضِعَ:

في بيانِ سببِ وُجوبِ الضَّمانِ.

وَفي بيانِ شَرائطِ الوُجوبِ.

وَفي بيانِ مقدارِ الواجبِ.

أمّا الأوّل: فسببُ وُجوبِ الضَّمانِ في هذا البابِ إتْلافُ المالِ أو النَّفْسِ بالشَّهادةِ، لأن الضَّمانَ في الشّرعِ إنّما يجبُ إمّا (بالالتِزامِ أو) (٢) بالإتْلافِ، ولم يوجَدِ (الالتِزامُ فيَتَعَيَّنَ) (٣) الإتْلافُ فيها سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ، فإنْ وقَعَتْ إتْلافًا انعَقَدَتْ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ وإلاّ فلا. وعلى هذا يخرجُ ما إذا شَهِدا على رجلٍ بألفٍ، وقَضى القاضي بشهادَتِهما، ثُمَّ رَجَعا أنّهما يَضْمَنانِ الألفَ؛ لأنهما لَمّا رَجَعا عن شهادَتِهما بعدَ القَضاءِ تَبَيَّنَ أنّ شهادَتَهما وقَعَتْ سببًا (٤) إلى الإتْلافِ في حَقِّ المشهودِ عليه، والتَّسَبُّبُ إلى الإتْلافِ بمنزِلةِ المُباشَرةِ في حَقِّ سببيّةِ (٥) وُجوبِ الضَّمانِ، كالإكْراه على إتْلافِ المالِ وحَفْرِ البئْرِ على قارِعةِ الطَّريقِ ونحوِه.

فإنْ قيلَ لَمّا رَجَعا عن شهادَتِهما تَبَيَّنَ أنّ قَضاءَ القاضي لم يَصِحَّ فتَبَيَّنَ أنّ المُدَّعيَ أخَذَ المالَ (٦) بغيرِ حَقٍّ، فلِمَ لا يَرُدُّه إلى المشهودِ عليهِ؟ قيلَ له [٤/ ٩٥ب]: إنّه بالرُّجوعِ لم

---

(١) في المخطوط: «الشهادات».

(٢) في المخطوط: «بالإلزام وإما».

(٣) في المخطوط: «الإلزام فتعين».

(٤) في المخطوط: «تسبب».

(٥) في المخطوط: «تسبب».

(٦) في المخطوط: «المدعى».

يَتَبَيَّنْ بُطْلانُ القَضاءِ؛ لأن الشّاهدَ غيرُ مُصَدَّقٍ في الرُّجوعِ في حَقِّ القاضي والمشهودِ له لِوجهَيْنِ:

الأوّل: أنّ الرُّجوعَ يحتملُ الصِّدْقَ والكذِبَ، والقَضاءُ بالحقِّ للمشهودِ به [(١)] نَفَذَ بدَليلٍ من حيث الظّاهر، وهو الشَّهادةُ الصّادِقةُ عندَ القاضي، فلا يُنْتَقَضُ الثّابِتُ ظاهرًا بالشَّكِّ والاحتِمالِ فبَقيَ القَضاءُ ماضيًا على الصِّحّةِ والمُدَّعَى (في يَدِ) [(٢)] المُدَّعي كما كان.

والثّاني: أنّ الشّاهدَ في الرُّجوعِ عن شهادَتِه مُتَّهَمٌ في حَقِّ المشهودِ له، لِجوازِ أنّ المشهودَ عليه غَرَّه بمالٍ أو غيرِه ليرجعَ عن شهادَتِه فيَظْهَرَ كذِبُ المُدَّعي في دَعْواه فلم يُصَدَّقْ في الرُّجوعِ [في حَقِّ المشهودِ له لِلتُّهْمةِ، إذِ التُّهْمةُ كما تمنَعُ قَبولَ الشَّهادةِ تمنَعُ صِحّةَ الرُّجوعِ عن الشَّهادةِ، فلم يَصِحَّ الرُّجوعُ] [(٣)] في حَقِّه فلم يُنْقَضِ القَضاءُ، ولا يُسْتَرَدُّ المُدَّعَى من [(٤)] يَدِه، ومعنى التُّهْمةِ (لا يُتَوَهَّمُ في) [(٥)] المشهودِ عليه فصَحَّ الرُّجوعُ في حَقّه، إلاّ أنّه لا يُمْكِنُ إظهارُ الصِّحّةِ في نَقْضِ القَضاءِ والتّوَصُّلِ إلى عَيْنِ المشهودِ به، فيَظْهَرُ في التّوَصُّلِ إلى بَدَلِه رِعايةً للجوانِبِ كُلِّها، وإذا رَجَعا قبلَ القَضاءِ لا يَضْمَنانِ، لأن الشَّهادةَ لا تَصيرُ حُجّةً إلاّ بالقَضاءِ، فلا تَقَعُ تسبيبًا إلى الإتْلافِ بدونِه.

وعلى هذا إذا شَهِدا على رجلٍ أنّه طَلَّقَ امرأتَه فقَضَى القاضي بشهادَتِهما، ثُمَّ رَجَعا، [(٦)] إنْ كان الطَّلاقُ بعدَ الدُّخولِ بأنْ كان الزَّوْجُ مُقِرًّا بالدُّخولِ: لا ضَمانَ عليهما لانعِدامِ الإتْلافِ؛ لأن المَهْرَ يجبُ بنفسِ العقدِ، ويَتَأَكَّدُ بالدُّخولِ لا بشهادَتِهما فلم تَقَعْ شهادَتُهما إتْلافًا، فلم يجبِ الضَّمانُ.

وَإنْ كان الطَّلاقُ قبلَ الدُّخولِ فقَضَى القاضي بنصفِ المَهْرِ بأنْ كان المَهْرُ مُسَمًّى أو بالمُتْعةِ فإن [(٧)] لم يَكُنِ المَهْرُ مُسَمًّى ثُمَّ رَجَعا: ضَمِنا ذلك لِلزَّوْجِ؛ لأن شهادَتَهما وإنْ لم توجِبْ على الزَّوْجِ شيئًا من المَهْرِ، لَكِنّها أَكَّدَتِ الواجبَ؛ لأن الواجبَ قبلَ الدُّخولِ كان مُحْتَمِلاً لِلسُّقوطِ بأنْ جاءَتِ الفُرْقةُ من قِبَلِها وبِشهادَتِهما بالطَّلاقِ تَأَكَّدَ الواجبُ عليه على وجهٍ لا يحتملُ السُّقوطَ بعدَه أصلاً، فصارَتْ شهادَتُهما مُؤَكِّدةً للواجبِ، والمُؤَكِّدُ

---

(١) في المخطوط: «له».
(٢) في المخطوط: «على».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «في».
(٥) في المخطوط: «لا يتحقق في حق».
(٦) زاد في المخطوط: «أنه».
(٧) في المطبوع: «بأنْ».

للواجبِ بمنزلةِ الواجبِ في الشّرعِ، كالمُحْرِمِ إذا أخَذَ صَيْدًا فذَبَحه رجلٌ في يَدِه يجبُ الجزاءُ على الآخِذِ، ويرجعُ الآخِذُ بذلك على القاتِلِ لِوُقوعِ القَتْلِ منه تأكيدًا للجَزاءِ الواجبِ على المُحْرِمِ، إذْ لولا ذَبْحُه لاحتَمَلَ السُّقوطَ بالإرْسالِ، فهو بالذَّبْحِ أكَّدَ الواجبَ عليه فنَزَلَ المُؤَكِّدُ [منه] [١] مَنْزِلةَ الواجبِ كذا هذا.

وَعلى هذا إذا شَهِدا على رجلٍ أنّه أعتَقَ عبدًا أو أمةً له، وهو يُنْكِرُ فقَضَى القاضي، ثُمَّ رَجَعا يَضْمَنانِ قيمةَ العبدِ أو [٢] الأمةِ لِمولاهُ؛ لأنهما بشهادَتِهما أتْلَفا عليه ماليّةَ العبدِ أو الأمةِ فيَضْمَنانِ، ويكونُ ولاؤُه للمولَى؛ لأن الإعتاقَ نَفَذَ عليه والولاءُ لِمَنْ أعتَقَ.

فإن قيل: «هذا إتلافٌ بعِوَضٍ وهو الولاءُ فلا يوجِبُ الضَّمانَ» قيلَ له: **«الولاءُ لا يَصْلُحُ عِوَضًا؛ لأنه ليس بمالٍ، وإنّما هو من أسْبابِ الإرْثِ فكان هذا إتلافًا بغيرِ عِوَضٍ فيوجِبُ الضَّمانَ».**

ولو شَهِدا على إقرارِ المولى أنّ هذِه الأمةَ ولَدَتْ منه، وهو مُنْكِرٌ [٣] فقَضَى القاضي بذلك، ثُمَّ رَجَعا فنَقولُ هذا في الأصلِ لا يخلو من أحَدِ وجهَيْنِ: إمّا أنْ لم يَكُنْ معها ولَدٌ، وإمّا أنْ كان معها ولَدٌ، وكُلُّ ذلك لا يخلو إمّا أنْ رَجَعا في حالِ حياةِ المولَى، وإمّا أنْ رَجَعا بعدَ وفاتِه.

أمّا إذا لم يَكُنْ معها ولَدٌ ورَجَعا [٤] في حالِ حياةِ المولى يَضْمَنانِ للمولى نُقْصانَ قيمَتِها، فتُقَوَّمُ أمةً قِنًّا وتُقَوَّمُ أُمَّ ولَدٍ: لو جازَ بيعُها فيَضْمَنانِ النُّقْصانَ، لأنهما أتْلَفا عليه بشهادَتِهما هذا القدرَ حالَ حياتِه فيَضْمَنانِه، فإذا [٥] ماتَ المولى عَتَقَتِ الجاريةُ؛ لأنها أُمُّ ولَدِه، وأُمُّ الولَدِ تَعْتِقُ بموتِ سَيِّدِها، ويَضْمَنانِ بَقيّةَ قيمَتِها للوَرَثةِ؛ لأنهما أتْلَفا بشهادَتِهما كُلَّ الجاريةِ، لَكِنّ بعضَها في حالِ الحياةِ، والباقي بعدَ الوفاةِ فيَضْمَنانِ كذلك.

وَإنْ كان معها ولَدٌ ورَجَعا في حالِ حياةِ المولى فإنّهما يَضْمَنانِ قيمةَ الولَدِ؛ لأنهما أتْلَفاه عليه، ألا تَرَى أنّه لولا شهادَتُهما لَكان الولَدُ عبدًا له، فهما بشهادَتِهما أتْلَفاه عليه فعليهما [٦] الضَّمانُ، وعليهما ضَمانُ نُقْصانِ قيمةِ الأُمِّ أيضًا لِما قُلْنا، فإذا ماتَ المولى بعدَ ذلك لم يَكُنْ مع الولَدِ شريكٌ في الميراثِ فلا [٧] يَضْمَنانِ له شيئًا، ويرجعانِ على

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) في المخطوط: «ينكر».
(٤) في المخطوط: «فرجعا».
(٥) في المخطوط: «فأما إذا».
(٦) في المخطوط: «فعليه».
(٧) في المخطوط: «لا».

الولَدِ بما قَبَضَ الأبُ منهما؛ لأن في [(١)] زَعْمِ الولد [(٢)] أن رُجوعَهما باطِلٌ وأنّ ما أخَذَ الأبُ منهما أخَذَه [(٣)] بغيرِ حَقٍّ فصارَ مضمونًا عليه فيُؤَدّي من تَرِكَتِه إنْ كانت له تَرِكةٌ، وإنْ لم يَكُنْ [(٤)] له تَرِكةٌ فلا ضَمانَ على الولَدِ؛ لأن مَنْ أقَرَّ على [٤/ ٩٦أ] مورِّثِه بدَيْنٍ وليس للمَيِّتِ تَرِكةٌ لا يُؤخَذُ [(٥)] من مالِ الوارِثِ، وإنْ كان معه أخٌ فإنّهما يَضْمَنانِ للأخِ نصفَ البَقيّةِ من قيمَتِها؛ لأنهما أتْلَفا عليه ذلك القدرَ، ويرجعانِ على الولَدِ بما أخَذَه [(٦)] الأبُ منهما لِما قُلْنا، ولا يرجعانِ بما قَبَضَ الأخُ؛ لأن الأخَ ظَلَمَ عليهما في زَعْمِهما فليس لهما أنْ يَظْلِما عليه، (ولا ضَمانَ) [(٧)] للأخِ ما أخَذَ هذا من الميراثِ؛ لأنهما ما أتْلَفا عليه الميراثَ لِما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى.

هذا إذا كان الرُّجوعُ في حالِ حياةِ المولَى، فأمّا إذا كان بعدَ وفاتِه، فإنْ لم يَكُنْ مع الولَدِ شريكٌ في الميراثِ فلا ضَمانَ عليهما؛ لأن الولَدَ يُكذِّبُهما في الرُّجوعِ، وإنْ كان معه شريكٌ في الميراثِ فإنّهما يَضْمَنانِ للأخِ نصفَ البَقيّةِ من قيمَتِهما [(٨)] لِما قُلْنا، ويَضْمَنانِ للأخِ نصفَ قيمةِ الولَدِ، لأنهما أتْلَفا عليه نصفَ الولَدِ، ولا يَضْمَنانِ له ما أخَذَ هذا الولَدُ من الميراثِ لِما قُلْنا، ولا يرجعانِ على الولَدِ ههنا؛ لأن هذا ظُلْمٌ للأخِ في زَعْمِهما فليس لهما أنْ يَظْلِما الولَدَ.

هذا إذا كانت الشَّهادةُ [في حالِ حياةِ المولى والرُّجوعُ عليه في حالِ حياتِه أو بعدَ وفاتِه. فأمّا إذا كانت الشَّهادةُ] [(٩)] بعدَ وفاتِه بأنْ مات رجلٌ وتَرَكَ ابنًا وعبدًا وأمةً وتَرِكةً، فشَهِدَ شاهدانِ أنّ هذا العبدَ ولَدَتْه هذِه الأمةُ من المَيِّتِ، وصَدَّقَهما الولَدُ والأمةُ، وأنْكَرَ الابنُ فقَضَى القاضي بذلك وجعل الميراثَ بينهما [(١٠)] ثُمَّ رَجَعا: يَضْمَنانِ قيمةَ العبدِ والأمةِ ونصفَ الميراثِ لِلابنِ، فُرِّقَ بين حالِ الحياةِ وبين حالِ المَماتِ، فإنّ هناك لا يَضْمَنانِ الميراثَ.

ووجه الفرقِ: أنّ الشَّهادةَ بالنَّسَبِ حالَ الحياةِ لا تكونُ شهادةً بالمالِ والميراثِ لا

(١) في المخطوط: «من».
(٢) في المخطوط: «الوالد».
(٣) في المخطوط: «أخذ».
(٤) في المخطوط: «تكن».
(٥) في المخطوط: «يستوفى».
(٦) في المخطوط: «أخذ».
(٧) في المخطوط: «ولا يضمنان».
(٨) في المخطوط: «قيمتها».
(٩) ليست في المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «لهما».

مَحالةَ؛ لأنه يجوزُ فيه التَقدُّمُ والتّأخُرُ، فمن الجائزِ أنْ يَموتَ الأبُ أوّلاً فيَرِثَه الابنُ، كما يجوزُ أنْ يَموتَ الابنُ أوّلاً ويَرِثَه الأبُ، فلم تَكُنِ الشَّهادةُ بالنّسَبِ شهادةً بالمالِ والميراثِ لا مَحالةَ، فلا تَتَحقَّقُ الشَّهادةُ إتْلافًا للمالِ فلا يَضْمَنانِ، بخلافِ الشَّهادةِ بعدَ الموتِ فإنّها شهادةٌ بالمالِ لا مَحالةَ فقد أتْلَفا عليه نصفَ الميراثِ فيَضْمَنانِ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

وَلو شَهِدا أنّه دَبَّرَ عبدَه فقَضَى القاضي بذلك، ثُمَّ رَجَعا: يَضْمَنانِ للمولى نُقْصانَ التّدْبيرِ، فيُقَوّمُ قِنًّا، ويُقَوّمُ مُدَبَّرًا فيَضْمَنانِ النُّقْصانَ؛ لأنهما أتْلَفا عليه حالَ حياتِه بشهادَتِهما هذا القدرَ فيَضْمَنانِه فإذا ماتَ المولى بعدَ ذلك عَتَقَ العبدُ كُلُّه إنْ كان يخرجُ من الثُّلُثِ، ولا سِعايةَ عليهِ؛ لأنه مُدَبَّرُه [1]، ويَضْمَنانِ للوَرَثةِ بَقيّةَ قيمَتِه عبدًا؛ لأنهما أتْلَفا بشهادَتِهما بَقيّةَ ماليّتِه بعدَ موتِهِ؛ لأن التّدْبيرَ إعتاقٌ بعدَ الموتِ، ولو لم يَكُنْ له مالٌ سِوَى المُدَبَّرِ عَتَقَ عليه مَجّانًا؛ لأن التّدْبيرَ وصيّةٌ فيُعْتَبَرُ بسائرِ الوصايا، ويَسْعَى في ثُلُثَيْ قيمَتِه عبدًا قِنًّا للوَرَثةِ؛ لأن الوصيّةَ فيما زادَ على الثُّلُثِ لا تَنفُذُ من غيرِ إجازةِ الورَثةِ، ويَضْمَنُ الشّاهدُ أنّ للوَرَثةِ ثُلُثَ قيمَتِهِ؛ لأنهما أتْلَفا عليه بشهادَتِهما ثُلُثَ العبدِ، هذا إذا كانت السِّعايةُ تَخرُجُ من ثُلُثِ العبدِ، فإنْ كانت لا تَخْرُجُ بأنْ كان مُعْسِرًا فإنّهما يَضْمَنانِ جميعَ قيمَتِه مُدَبَّرًا، ثُمَّ يرجعانِ على العبدِ بثُلُثَيْ قيمَتِه إذا أيسَرَ والله اعلم.

ولو شَهِدا أنّه قال لِعبدِه: إنْ دَخَلْتَ الدّارَ فأنْتَ حُرٌّ، وشَهِدَ آخرانِ بالدُّخولِ، ثُمَّ رَجَعوا فالضَّمانُ على شُهودِ اليَمينِ؛ لأن العِتْقَ ثَبَتَ بقولِه أنْتَ حُرٌّ، وإنّما الدُّخولُ [2] شرطٌ، والحُكْمُ يُضافُ إلى العِتْقِ [3] لا إلى الشّرطِ، فكان التّلَفُ حاصِلاً بشهادَتِهما فكان الضَّمانُ عليهما.

وكذلك إذا شَهِدا أنّه قال لامرأتِه: «إنْ دَخَلْتِ الدّارَ فأنْتِ طالِقٌ»، وشَهِدَ آخرانِ بالدُّخولِ ثُمَّ رَجَعوا لِما قُلْنا، وكذلك لو شَهِدا [4] على رجلٍ بالزِّنا وشَهِدَ آخرانِ بالإحصانِ ثُمَّ رَجَعوا، فالضَّمانُ على شُهودِ الزِّنا لا على شُهودِ الإحصانِ؛ لأن الإحصانَ شرطٌ.

ولو شَهِدا أنّه قَتَلَ فُلانًا خطأً، وقَضَى القاضي ثُمَّ رَجَعا ضَمِنا الدّيةَ؛ لأنهما أتْلَفاها عليه

---

(١) في المخطوط: «مدبر».

(٢) في المخطوط: «دخول الدار».

(٣) في المخطوط: «العلة».

(٤) في المخطوط: «شهدوا».

وتكونُ في مالِهما؛ لأن الشَّهادةَ منهما بمنزلةِ الإقرارِ منهما بالإتْلافِ، والعاقِلةُ لا تَعْقِلُ الإقرارَ [كما لو أقرّا صَريحًا] (١)، ولِهذا لو رَجَعا في حالِ المَرَضِ اعْتُبِرَ إقرارًا بالدَّيْنِ حتّى يَقْدَمَ عليه دَيْنُ الصِّحّةِ كما في سائرِ الأقاريرِ.

وَكذا لو شَهِدا (٢) أنّه قَطَعَ يَدَ فُلانٍ خَطَأً، وقَضى القاضي، ثُمَّ رَجَعا ضَمِنا ديةَ اليَدِ لِما قُلْنا. وكذا لو شَهِدا عليه بالسَّرِقةِ فقَضى عليه بالقَطْعِ فقُطِعَتْ يَدُه ثُمَّ رَجَعا، فقد رويَ أنّ شاهدَيْنِ شَهِدا عندَ سَيِّدِنا عَليٍّ كرَّمَ اللّه وجهَه على رجلٍ بالسَّرِقةِ فقَضى عليه بالقَطْعِ فقُطِعَتْ يَدُه، ثُمَّ جاءَ الشّاهدانِ بآخَرَ فقالا: «**أوهَمْنا أنّ السّارِقَ هذا يا أميرَ المُؤمِنينَ**» [٤/ ٩٦ب] فقال سَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنه: لا أُصَدِّقُكُما على هذا وأُغَرِّمُكُما ديةَ يَدِ الأوّلِ، ولو عَلِمْتُ أنّكُما تَعَمَّدْتُما لَقَطَعْتُ أيديَكُما (٣)، وكان ذلك بمَحْضرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم ولم يُنْكِرْ عليه أحَدٌ فكان إجماعًا.

وَلو شَهِدا أنّه قَتَلَ فُلانًا عَمْدًا فقَضَى القاضي وقُتِلَ، ثُمَّ رَجَعا فعليهما الدِّيةُ عندَنا (٤)، وعندَ الشّافعيِّ - رحمه الله - عليهما القِصاصُ، وعلى هذا الخلافِ إذا شَهِدا أنّه قَطَعَ يَدَ فُلانٍ (٥).

وجه قولِ الشّافعي -رحمه الله-: أنّ شهادَتَهما وقَعَتْ قَتْلاً تسبيبًا؛ لأنها تُفْضي إلى وُجوبِ القِصاصِ (٦)، وإنّه يُفْضي إلى القَتْلِ فكانت شهادَتُهما تسبيبًا إلى القَتْلِ، والتّسْبيبُ في بابِ القِصاصِ في معنى المُباشَرةِ كالإكْراه على القَتْلِ.

ولَنا: أنْ (٧) نُسَلِّمَ أنّ الشَّهادةَ وقَعَتْ تسبيبًا إلى القَتْلِ لَكِنّ وُجوبَ القِصاصِ يَتَعَلَّقُ (٨)

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «شهدوا».
(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٥١)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٠/ ٨٨).
(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٤٢، ٣٥٠)، المبسوط (٩/ ٦٤)، شرح فتح القدير (٧/ ٤٩٢، ٤٩٣)، البناية (٨/ ٢٥٣)، رد المحتار (٧/ ٢٦٠، ٢٦١).
(٥) مذهب الشافعية: أنه إذا شهد الشاهدان على رجل فيما يستوجب القصاص في قتل أو جرح وتم الاستيفاء من المشهود عليه ثم رجع الشهود وقالوا: تعمدنا أن ينال ذلك منه بشهادتنا. فذلك كالجناية عليه فيلزمهم القصاص. انظر: مختصر المزني (ص ٣١٢)، معرفة السنن والآثار (١٤/ ٣٤٦)، حلية العلماء (٨/ ٣١٤)، الوسيط (٧/ ٣٨٩)، الروضة (١١/ ٢٩٧)، مغني المحتاج (٤/ ٤٥٧).
(٦) في المخطوط: «القضاء».
(٧) زاد في المخطوط: «لا».
(٨) في المخطوط: «متعلق».

بالقَتْلِ مُباشَرةً لا تسبيبًا؛ لأن ضَمانَ العُدْوانِ الوارِدِ على حَقِّ العبدِ مُقَيَّدٌ بالمثلِ شرعًا، ولا مُماثَلةَ بين القَتْلِ مُباشَرةً وبين القَتْلِ تسبيبًا، بخلافِ الإكْراه على القَتْلِ؛ لأن القاتِلَ هو المُكْرِه مُباشَرةً لَكِنْ بيَدِ المُكْرَه وهو كالآلةِ [له] (١)، والفعلُ لِمُسْتَعْمِلِ الآلةِ لا للآلةِ على ما عُرِفَ على أنّ ذلك وإنْ كان قَتْلاً تسبيبًا فهو مَخْصوصٌ عن نُصوصِ المُماثَلةِ فمَنِ ادَّعى تَخْصيصَ الفرْعِ يَحْتاجُ إلى الدَّليلِ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا شَهِدا على وليِّ القَتيلِ أنّه عَفا عن القَتْلِ وقَضى القاضي، ثُمَّ رَجَعا: أنّه لا ضَمانَ عليهما في ظاهرِ الرِّوايةِ، لأنه لم يوجَدْ منهما إتْلافُ المالِ ولا النَّفْسِ؛ لأن شهادَتَهما قامَتْ على العَفْوِ عن القِصاصِ، والقِصاصُ ليس بمالٍ، ألا تَرَى [أنّه] (٢) لو أكرَهَ رجلاً على العَفْوِ عن القِصاصِ فعَفا لا يَضْمَنُ المُكْرَه، ولو كان القِصاصُ مالاً (٣) يَضْمَنُ؛ لأن المُكْرَهَ يَضْمَنُ بالإكْراه على إتْلافِ المالِ وكذا مَنْ وجَبَ له القِصاصُ وهو مَريضٌ فعَفا، ثُمَّ مات في (٤) مَرَضِه ذلك لا يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ ولو كان مالاً اعْتُبِرَ من الثُّلُثِ، كما إذا تبَرَّعَ في مَرَضِه.

و (٥) عن أبي يوسفَ-رحمه الله- أنّهما يَضْمَنانِ الدِّيَةَ لِوَليِّ القَتيلِ؛ لأن شهادَتَهما إتْلافٌ (٦) لِلنَّفْسِ، لأن نفسَ القاتِلِ تَصيرُ مملوكةً لِوَليِّ القَتيلِ في حَقِّ القِصاصِ، فقد أتْلَفا بشهادَتِهما على المولى نفسًا تُساوي ألفَ دينارٍ أو عَشَرةَ آلافِ درهَمٍ فيَضْمَنانِ، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّا لا نُسَلِّمُ أنّ نفسَ القاتِلِ تَصيرُ مملوكةً لِوَليِّ القَتيلِ، بل الثّابتُ له مِلْكُ الفعلِ لا مِلْكُ المَحَلِّ؛ لأن في المَحَلِّ ما يُنافي المِلْكَ لِما عُلِمَ في مَسائلِ القِصاصِ فلم تَقَعْ شهادَتُهما إتْلافَ النَّفْسِ ولا إتْلافَ المالِ فلا يَضْمَنانِ.

وَلو شَهِدا أنّ هذا الغُلامَ ابنُ هذا الرّجلِ، والأبُ يجْحَدُه فقَضَى القاضي بشهادَتِهما ثُمَّ رَجَعا لا يَبْطُلُ النّسبُ، ولا ضَمانَ على الشّاهدَيْنِ لانعِدامِ إتْلافِ المالِ منهما والله أعلم.

وَأمّا شَرائطُ الوُجوبِ فأنْواعٌ.

منها: أنْ يكونَ الرُّجوعُ بعدَ القَضاءِ، فإنْ كان قبلَه لا يجبُ الضَّمانُ (٧) لِما ذَكَرْنا: أنّ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «مما لا».
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) زاد في المخطوط: «روي».
(٦) في المخطوط: «وقعت إتلافًا».
(٧) في المخطوط: «القضاء».

الرُّكْنَ في وُجوبِ الضَّمانِ بالشَّهادةِ وُقوعُ الشَّهادةِ إتْلافًا، ولا تَصيرُ إتْلافًا إلاّ إذا صارَتْ حُجّةً ولا تَصيرُ حُجّةً إلاّ بالقَضاءِ فلا تَصيرُ إتْلافًا إلاّ به.

ومنها: مجلِسُ القَضاءِ فلا عِبْرةَ بالرُّجوعِ عندَ غيرِ القاضي كما لا عِبْرةَ بالشَّهادةِ عندَ غيرِه، حتّى لو أقامَ المُدَّعَى عليه البَيِّنةَ على رُجوعِهما لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه، وكذا لا يَمينَ عليهما إذا أنْكَرَ الرُّجوعَ إلاّ إذا حَكَيا عند القاضي رُجوعَهما عندَ غيرِه فيُعْتَبَرُ رُجوعُهما، لأن ذلك بمنزِلةِ إنْشاءِ رُجوعِهما عندَ القاضي فكان مُعْتَبَرًا والله أعلم.

ومنها: أنْ يكونَ المُتْلَفُ بالشَّهادةِ عَيْنَ مالٍ حتّى لو كان مَنْفَعةً لا يجبُ الضَّمانُ؛ لأن الأصلَ أنّ المَنافعَ غيرُ مضمونةٍ بالإتْلافِ عندَنا، وعلى هذا يخرجُ ما إذا شَهِدا أنّه تزوّجَ هذِه المَرْأةَ بألفِ درهَمٍ، ومَهْرُ مثلِها ألفانِ، (وهي تُنْكِرُ) (١) فقضَى القاضي بالنّكاحِ بألفِ درهَمٍ، ثُمَّ رَجَعا [أنهما] (٢) لا يَضْمَنانِ للمَرْأةِ شيئًا، لأنهما أتْلَفا عليها مَنْفَعةَ البضْعِ. والمَنْفَعةُ ليستْ بعَيْنِ مالٍ حَقيقةً، وإنّما يُعْطَى لها حُكْمُ الأموالِ (٣) بعارِضِ عقدِ الإجارةِ.

وكذا لو ادَّعَتِ امرأةٌ على رجلٍ أنه طَلَّقَها على ألفِ درهَمٍ، والزَّوْجُ يُنْكِرُ فشَهِدَ شاهدانِ فقَضَى القاضي ثُمَّ رَجَعا لم يَضْمَنا لِلزَّوْجِ شيئًا، لأنهما بشهادَتِهما أتْلَفا على الزَّوْجِ المَنْفَعةَ لا عَيْنَ المالِ.

وعلى هذا لو ادَّعَى رجلٌ أنّه استأجَرَ هذِه الدّابّةَ (٤) من فُلانٍ بعَشَرةِ دراهمَ، وأجْرُ مثلِها مِائةُ درهَمٍ، والمُؤَجِّرُ يُنْكِرُ فشَهِدَ شاهدانِ وقَضَى القاضي. ثُمَّ رَجَعا لا يَضْمَنانِ للمُؤَجِّرِ شيئًا، لأنهما بشهادَتِهما أتْلَفا المَنْفَعةَ لا عَيْنَ المالِ.

ومنها [١٩٧/٤]: أنْ يكونَ إتْلافُ المالِ بغيرِ عِوَضٍ، فإنْ كان بعِوَضٍ لا يجبُ الضَّمانُ، سَواءٌ كان العِوَضُ عَيْنَ مالٍ أو مَنْفَعةً لها حُكْمُ (عَيْنِ المالِ) (٥)، لأن الإتْلافَ بعِوَضٍ يكونُ إتْلافًا صورةً لا مَعْنًى، وعلى هذا يخرجُ ما إذا ادَّعَى رجلٌ على رجلٍ أنّه باع عبدَه [منه] (٦) بألفِ درهَمٍ، والمُشتري يُنْكِرُ فشَهِدَ شاهدانِ بذلك وقَضَى القاضي، ثُمَّ رَجَعا:

---

(١) في المخطوط: «وهو ينكر».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «المال».
(٤) في المخطوط: «الدار».
(٥) في المخطوط: «العين المال».
(٦) ليست في المخطوط.

أنّه يُنْظَرُ إنْ كانت قيمةُ العبدِ ألفًا أو أكثرَ فلا [(١)] ضَمانَ عليهما للمُشتري، لأن شهادَتَهما وقَعَتْ إتْلافًا بعِوَضٍ، فلا يكونُ إتْلافًا مَعْنًى فلا يوجَبُ الضَّمانُ، وإنْ كانت قيمَتُه أقَلَّ من ألفٍ يَضْمَنانِ الزّيادةَ له لِوُقوعِ الشَّهادةِ إتْلافًا بقدرِ الزّيادةِ.

ولو كانت الدَّعْوَى من المُشتري والمسألةُ بحالِها، إنْ كانت قيمَتُه مثلَ الثّمَنِ المذكورِ أو أقَلَّ لا ضَمانَ على الشّاهدَيْنِ للبائعِ لِما قُلْنا.

وإنْ كانت قيمَتُه أكثرَ من ألفٍ يَضْمَنانِ الزّيادةَ للبائعِ، لأن شهادَتَهما وقَعَتْ إتْلافًا بغيرِ [(٢)] الزّيادةِ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا ادَّعَتِ امرأةٌ على رجلٍ أنّه تزوّجَها على ألفِ درهَم، والرّجلُ يُنْكِرُ فشَهِدَ لها شاهدانِ بذلك، وقَضَى القاضي بالنّكاح بألفٍ، ثُمَّ رَجَعا: أنّه يُنْظَرُ إنْ كان مَهْرُ مثلِها ألفًا أو أكثرَ من ذلك لم يَضْمَنا لِلزَّوْجِ شيئًا وإنْ أتْلَفا عليه عَيْنَ المالِ، لأنهما أتْلَفاها بعِوَضٍ له حُكْمُ عَيْنِ المالِ، وهو البضْعُ، لأنه يُعْتَبَر مالاً حالَ دُخولِه في مِلْكِ الزَّوْجِ [بدَليلِ أنّ الأبَ يَمْلِكُ أنْ يُزَوِّجَ من ابنِه امرأةً ولو لم يُعْتَبَرِ البضْعُ مالاً حالَ دُخولِه في مِلْكِ الزَّوْجِ] [(٣)] لِما مَلَك، لأن الأبَ لا يَمْلِكُ على ابنِه مُعاوَضةَ مالٍ بما ليس بمالٍ.

وكذلك المَريضُ إذا تزوّجَ امرأةً على ألفِ درهَم، وذلك مَهْرُ مثلِها، لا يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ بل من جميعِ المالِ، ولو لم يَكُنِ البضْعُ في حُكْمِ المالِ في حالِ الدُّخولِ في مِلْكِ الزَّوْجِ لاعتُبِرَ من الثُّلُثِ كالتّبَرُّعِ، دَلَّ أنّ البضْعَ يُعْتَبَرُ مالاً في حَقِّ الزَّوْجِ حالَ دُخولِه في مِلْكِه فكان الإتْلافُ بعِوَضٍ هو في حُكْمِ عَيْنِ المالِ، فلا يكونُ إتْلافًا مَعْنًى، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها أقَلَّ من ألفِ درهَم يَضْمَنانِ الزّيادةَ على مَهْرِ المثلِ لِلزَّوْجِ، لأنهما أتْلَفا الزّيادةَ عليه من غيرِ عِوَضٍ أصلاً. وهذا بخلافِ ما إذا ادَّعَى رجلٌ على امرأةٍ أنّه طَلَّقَها بألفِ درهَم، والمَرْأةُ تُنْكِرُ فشَهِدَ شاهدانِ بذلك وقَضَى القاضي عليها بألفِ درهَم، ثُمَّ رَجَعا: أنّهما يَضْمَنانِ للمَرْأةِ ألفَ درهَم، لأنهما أتْلَفا عليها عَيْنَ المالِ بغيرِ عِوَضٍ أصلاً، لأن البضْعَ حالَ خُروجِه عن مِلْكِ الزَّوْجِ لا يُعْتَبَرُ مالاً بدَليلِ أنّ الأبَ لا يَمْلِكُ أنْ يخلَعَ من ابنَتِه الصّغيرةِ على مالٍ، ولو فعَلَ وأدّى من مالِها يَضْمَنُ ولو كان مالاً لِمِلْكٍ؛ لأنه يَمْلِكُ عليها

---

(١) في المخطوط: «لا».
(٢) في المخطوط: «بقدر».
(٣) ليست في المخطوط.

مُعاوَضةَ مالٍ بمالٍ.

وكذلك المَريضةُ إذا اختَلَعَتْ من نفسِها حالَ مَرَضِها على مالٍ يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ كالوصيّةِ، ولو كان له حُكْمُ المالِ لاعتُبِرَ من جميعِ المالِ، كما في سائرِ مُعاوَضاتِ المالِ بالمالِ، وإذا لم يَكُنْ له حُكْمُ المالِ حالَ (١) الخُروجِ عن مِلْكِ الزَّوْجِ حَصَلَتْ شهادَتُهما إتْلافَ المال عليها من غير عِوَضٍ أصلاً فيجبُ الضَّمانُ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا ادَّعَى رجلٌ أنّه آجَرَ داره من فُلانٍ شَهْرًا بعَشَرةِ دراهمَ، والمُسْتَأجِرُ يُنْكِرُ فشَهِدَ شاهدانِ بذلك، وقَضَى القاضي، ثُمَّ رَجَعا، فأمّا (٢) إنْ كان في أوّلِ المُدّةِ يَنْظُرُ، إنْ كان (٣) أُجرةُ (٤) الدّارِ مثلَ المُسَمَّى لا ضَمانَ عليهما للمُسْتَأجِرِ، ولو أتْلَفا عليه عَيْنَ مالٍ لَكِنْ بعِوَضٍ، له حُكْمُ عَيْنِ المالِ، وهو المَنْفَعةُ، لأن المَنْفَعةَ في بابِ الإجارةِ لها حُكْمُ عَيْنِ المالِ.

وإنْ كانت أُجْرةُ مثلِها أقَلَّ من المُسَمَّى فإنّهما يَضْمَنانِ الزّيادةَ؛ لأن التّلَفَ بقدرِ الزّيادةِ حَصَلَ بغيرِ عِوَضٍ أصلاً، وإنْ كانت الدَّعْوَى بعدَ مُضيِّ مُدّةِ الإجارةِ فعليهما ضَمانُ الأُجْرةِ، لأنهما أتْلَفا عليه من غيرِ عِوَضٍ أصلاً، فكان مضمونًا عليهما. وعلى هذا يخرجُ ما إذا شَهِدَ شاهدانِ على القاتِلِ: أنّه صالَحَ وليَّ القَتيلِ على مالٍ، والقاتِلُ يُنْكِرُ فقَضَى القاضي بذلك، ثُمَّ رَجَعا أنهما لا يَضْمَنانِ شيئًا للقاتِلِ؛ لأنهما أتْلَفا عليه عَيْنَ مالٍ بعِوَضٍ، وهو النّفْسُ؛ لأن النّفْسَ تَصْلُحُ أنْ تكونَ عِوَضًا بدَليلِ أنّ المَريضِ إذا وجَبَ عليه القِصاصُ فصالَحَ الوليَّ على الدّيةِ جازَ، ولا تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ، بل من جميعِ المالِ، ولو لم تَصْلُحِ النّفْسُ عِوَضًا لاعتُبِرَ من الثُّلُثِ، دَلَّ أنّ هذا إتْلافٌ بعِوَضٍ فلا يوجَبُ الضّمانُ إلاّ إذا شَهِدا (٥) على الصُّلْحِ بأكثرَ من الدّيةِ فيَضْمَنانِ الزّيادةَ على الدّيةِ للقاتِلِ، لأن تَلَفَ الزّيادةِ حَصَلَ بغيرِ عِوَضٍ والله أعلم.

ويُمْكِنُ تَخَرُّجُ (٦) هذِه المَسائلِ على فصلِ التّسَبُّبِ (٧)؛ لأن ما قابَلَه عِوَضٌ [٤/٩٧ب]، لا يكونُ إتْلافًا مَعْنًى، فلم يوجَدْ سببُ وُجوبِ الضّمانِ فلا يجبُ فافْهَمْ ذلك.

(١) في المخطوط: «حالة».
(٢) في المخطوط: «أنه».
(٣) في المخطوط: «كانت».
(٤) زاد في المخطوط: «مثل».
(٥) في المخطوط: «شهد».
(٦) في المخطوط: «تخريج».
(٧) في المخطوط: «السبب».

وَيَسْتَوِي في وُجوبِ الضَّمانِ الرُّجوعُ عن الشَّهادةِ، والرُّجوعُ [١] على الشَّهادةِ حتّى لو رجعتِ [٢] الفُروعُ وثَبَتَ الأُصولُ يجبُ الضَّمانُ على الفُروعِ لِوُجودِ الإتْلافِ منهم لِوُجودِ الشَّهادةِ منهم حَقيقةً، ولو رجع الأُصولُ وثَبَتَ الفُروعُ فلا ضَمانَ على الفُروعِ لانعِدامِ الرُّجوعِ منهم.

وهَلْ يجبُ الضَّمانُ على الأُصولِ؟ قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ -رحمهما الله-: لا يجبُ، وقال محمّدٌ: يجبُ.

وجه قولِه أنّ الفُروعَ لا يَشْهَدونَ بشهادةِ أنْفُسِهم، وإنّما (يَفْعَلونَ بشهادةِ) [٣] الأُصولِ فإذا شَهِدوا فقد أظْهَروا شهادَتَهم، فكَأنّهم حَضروا بأنْفُسِهم، وشَهِدوا ثُمَّ رَجَعوا.

وجه قولِهما: أنّ الشَّهادةَ وُجِدَتْ من الفُروعِ لا من الأُصولِ [٤] حَقيقةً، فإنّهم [٥] لم يَشْهَدوا حَقيقةً، وإنّما شَهِدَ الفُروعُ، وهم ثابِتونَ على شهادَتِهم فلم يوجَدِ الإتْلافُ من الأُصولِ لِعَدَمِ الشَّهادةِ منهم حَقيقةً، فلا يَضْمَنونَ، وعلى هذا إذا رَجَعوا جميعًا فالضَّمانُ على الفُروعِ عندَهما، ولا شيءَ على الأُصولِ لِوُجودِ الشَّهادةِ من الفُروعِ حَقيقةً لا من الأُصولِ، وعندَه المشهودُ عليه بالخيارِ إنْ شاء ضَمن الفُروعُ وإنْ شاء ضَمن الأُصولُ لِوُجودِ الشَّهادةِ من الفريقَيْنِ، ولو لم يرجعْ أحَدٌ من الفريقَيْنِ ولَكِنّ الأُصولَ أنْكَروا الإشْهادَ، فلا ضَمانَ على أحَدٍ لانعِدامِ الرُّجوعِ عن الشَّهادةِ [٦].

وَيَسْتَوِي في وُجوبِ (ضَمانِ الرُّجوعِ) [٧] رُجوعُ الشُّهودِ والمُزَكّينَ عندَ أبي حنيفةَ حتّى إنّ المُزَكّينَ لو زَكَّوْا الشُّهودَ فشَهِدوا، وقَضَى القاضي بشهادَتِهم، ثُمَّ رجع المُزَكّونَ ضَمِنوا [عندَه، وعندَهما رُجوعُ المُزَكّينَ لا يوجِبُ الضَّمانَ.

وجه قولِهما: أنّ رُجوعَ المُزَكّينَ بمنزِلةِ رُجوعِ شُهودِ الإحصانِ، لأن التّزْكيةَ ليستْ إلاّ بناءً عن الشُّهودِ، كالشَّهادةِ على الصِّفاتِ التي هي خِصالٌ حَميدةٌ.

ثُمَّ الرُّجوعُ عن الشَّهادةِ على الإحصانِ لا يوجِبُ الضَّمانَ كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ: أنّ التّزْكيةَ في معنى الشَّهادةِ في وُجوبِ الضَّمانِ؛ لأن الرُّجوعَ عن

---

(١) زاد في المخطوط: «عن الشهادة».
(٢) في المخطوط: «رجع».
(٣) في المخطوط: «ينقلون شهادة».
(٤) زاد في المطبوع: «لِعَدَمِ الشَّهادةِ من الأصول».
(٥) في المخطوط: «لأنهم».
(٦) زاد في المخطوط: «منَ أحد، والله أعلم».
(٧) في المخطوط: «الضمان».

الشَّهادةِ إنّما يوجِبُ الضَّمانَ لِوُقوعِه إتْلافًا، وإنّما يَصيرُ إتْلافًا بالتّزْكيةِ، ألا تَرَى أنّه لولا التّزْكيةُ لَما وجَبَ القَضاءُ، فكانت الشَّهادةُ عامِلةً بالتّزْكيةِ، فكانت التّزْكيةُ في معنى عِلّةِ العِلّةِ، فكانت إتْلافًا بخلافِ الشَّهادةِ على الإحصانِ؛ لأن الإحصانَ شرطُ كونِ الزِّنا عِلّةً، والحُكْمُ للعِلّةِ لا لِلشَّرْطِ] [١].

وأمّا بيانُ مقدارِ الواجبِ من الضَّمانِ (فالأصلُ أنّ مقدارَ) [٢] الواجبِ منه على قدرِ الإتْلافِ، لأن سببَ الوُجوبِ هو الإتْلافُ، والحُكْمُ يَتَقَدَّرُ بقدرِ العِلّةِ، والعِبْرةُ فيه لِبَقاءِ مَنْ بَقِيَ من الشُّهودِ بعدَ [٣] رُجوعِ مَنْ رجع منهم، فإنْ بَقِيَ منهم بعدَ الرُّجوعِ مَنْ يَحْفَظُ الحقَّ كُلَّه فلا ضَمانَ على أحَدٍ لانعِدامِ الإتْلافِ أصلاً من أحَدٍ، وإنْ بَقِيَ منهم مَنْ يَحْفَظُ بعضَ الحقِّ وجَبَ على الرّاجعينَ [ضَمانُ] [٤] قدرِ التّالِفِ [٥] بالحِصَصِ، فنَقولُ:

بيانُ هذه الجُملةِ: إذا شَهِدَ رجلانِ بمالٍ ثُمَّ رجع أحَدُهما: عليه نصفُ المالِ، لأن النِّصْفَ مَحْفوظٌ بشهادةِ الباقي [٦].

ولو كانت [٧] الشُّهودُ أرْبَعةً، فرجع واحدٌ منهم: لا ضَمانَ عليه، وكذا إذا رجع اثنانِ؛ لأن الاثنيْنِ يَحْفَظانِ المالَ، ولو رجع منهم ثلاثةٌ فعليهم نصفُ المالِ، لأن النِّصْفَ [عندَنا بشهادةِ شاهدٍ واحدٍ.

ولو شَهِدَ رجلٌ وامرأتانِ بمالٍ، ثُمَّ رجع الرّجلُ: غَرِمَ نصفَ المالِ؛ لأن النِّصْفَ] [٨] بَقِيَ بثَباتِ المَرْأتَيْنِ، ولو رجعتِ المَرْأتانِ غَرِمَتا نصفَ المالِ بينهما نصفَيْنِ لِبَقاءِ النِّصْفِ بثَباتِ الرّجلِ، ولو رجع رجلٌ وامرأةٌ فعليهما ثلاثةُ أرْباعِ المالُ، نصفُه على الرّجلِ، ورُبُعُه على المَرْأةِ، لأن الباقيَ ببَقاءِ امرأةٍ واحدةٍ الرُّبُعُ، فكان التّالِفُ بشهادةِ الرّجلِ والمَرْأةِ [٩] ثلاثةَ الأرْباعِ [١٠]، والرّجلُ ضِعْفُ المَرْأةِ فكان عليها الرُّبُعُ وعلى الرّجلِ النِّصْفُ، ولو رَجَعوا جميعًا فنصفُ المالِ على الرّجلِ، والنِّصْفُ على المَرْأتَيْنِ بينهما نصفانِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فقدر».
(٣) في المخطوط: «لا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «المتلف».
(٦) في المخطوط: «الثابت».
(٧) في المخطوط: «كان».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «وامرأة».
(١٠) في المخطوط: «أرباع المال».

وَلو شَهِدَ رجلانِ وامرأةٌ ثُمَّ رَجَعوا فالضَّمانُ على الرّجلينِ، ولا شيءَ على المَرْأةِ، لأن المَرْأةَ الواحدةَ في الشَّهادةِ وُجودُها وعَدَمُها بمنزِلةٍ واحدةٍ؛ لأن القاضيَ لا يَقْضي بشهادَتِها.

ولو شَهِدَ رجلانِ وامرأتانِ ثُمَّ رجعتِ المَرْأتانِ فلا [(١)] ضَمانَ عليهما، لأن الحقَّ يَبْقَى [(٢)] مَحفوظًا بالرّجلينِ، ولو رجع الرّجلانِ يَضْمَنانِ [(٣)] نصفَ المالِ؛ لأن المَرْأتَيْنِ تَحْفَظانِ النِّصْفَ، ولو رجع رَجلٌ واحدٌ لا شيءَ عليهِ؛ لأن رجلاً وامرأتَيْنِ يَحْفَظونَ جميعَ [(٤)] المالِ ولو رجع رجلٌ وامرأةٌ فعليهما رُبُعُ المالِ بينهما أثلاثًا: ثُلُثاه على الرّجلِ، وثُلُثُه على المَرْأةِ، لأنه بَقيَ (ثلاثةُ الأرْباعِ) [(٥)] ببَقاءِ رجلٍ وامرأتَيْنِ [(٦)]، فكان التّالِفُ بشهادةِ رجلٍ وامرأةٍ الرُّبُعَ، والرّجلُ ضِعْفُ المَرْأةِ فكان بينهم [(٧)] أثلاثًا، ولو رَجَعوا جميعًا فالضَّمانُ بينهم أثلاثٌ [(٨)] أيضًا: ثُلُثاه على الرّجلينِ، وثُلُثُه على المَرْأتَيْنِ لِما ذَكَرْنا أنّ الرّجلَ ضِعْفُ المَرْأةِ، فكان التّالِفُ بشهادَتِه ضِعْفَ ما تَلِفَ بشهادَتِهما [(٩)].

ولو شَهِدَ رجلٌ وعَشْرُ نِسْوةٍ ثُمَّ رَجَعوا جميعًا فالضَّمانُ بينهم أسْداسٌ: سُدُسُه على الرّجلِ، وخمسةُ أسْداسه على النِّسْوةِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ، (فأمّا عندَهما) [(١٠)] فالضَّمانُ بينهم نصفانِ: نصفُه على الرّجلِ ونصفُه على النِّسْوةِ.

وجه قولِهما: أنّ النِّساءَ وإنْ كثُرْنَ فلَهُنّ [(١١)] شَطرُ الشَّهادةِ لا غيرُ، فكان التّالِفُ بشهادَتِهِنّ نصفَ المالِ والنِّصْفَ بشهادةِ الرّجلِ، فكان الضَّمانُ بينهم أنْصافًا ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ كُلَّ امرأتَيْنِ [٤/ ٩٨أ] بمنزِلةِ رجلٍ واحدٍ في الشَّهادةِ، فكان قسمةُ الضَّمانِ بينهم أسْداسًا.

ولو رجع الرّجلُ وحْدَه ضَمن [(١٢)] نصفَ المالِ؛ لأن النِّصْفَ مَحفوظٌ بشهادةِ النِّساءِ، وكذا لو رجعتِ النِّسْوةُ غَرِمْنَ نصفَ المالِ؛ لأن النِّصْفَ مَحفوظٌ بشهادةِ الرّجلِ، وهذانِ

---

(١) في المخطوط: «لا».
(٢) في المخطوط: «بقي».
(٣) في المخطوط: «فضمان».
(٤) في المخطوط: «كل».
(٥) في المخطوط: «الثلاثة أرباع».
(٦) في المخطوط: «وامرأة».
(٧) في المخطوط: «بينهما».
(٨) في المخطوط: «أثلاثًا».
(٩) في المخطوط: «بشهادتها».
(١٠) في المخطوط: «وأما عند أبي يوسف ومحمد».
(١١) في المخطوط: «هن».
(١٢) في المخطوط: «يضمن».

الفصلانِ يُؤَيِّدانِ قولهما في الظّاهِرِ.

ولو رجع ثَمانِ [(١)] نِسْوةٍ فلا ضَمانَ عليهِنّ؛ لأن الحقَّ بَقيَ مَحْفوظًا برجلٍ وامرأتَيْنِ، ولو رجعتِ امرأةٌ بعدَ ذلك فعليها وعلى الثّمانِ رُبُعُ المالِ، لأنه بَقيَ بِثَباتِ [(٢)] رجلٍ وامرأةٍ ثلاثةُ أرْباعِ المالِ، فكان التّالِفُ بشهادَتِهِنّ الرُّبُعَ.

ولو رجع رجلٌ وامرأةٌ فعليهما نصفُ المالِ أثلاثًا: ثُلُثاه على الرّجلِ، والثُّلُثُ على المَرْأةِ؛ لأن تِسْعَ نِسْوةٍ يَحْفَظْنَ [نصف] [(٣)] المالَ، فكان التّالِفُ بشهادةِ رجلٍ وامرأةٍ [النِّصْفَ، والرّجلُ] [(٤)] ضِعْفُ المَرْأةِ، فكان بينهما أثلاثًا.

ولو شَهِدَ رجلٌ وثلاثُ نِسْوةٍ، ثُمَّ رجع الرّجلُ وامرأةٌ فعلى الرّجلِ نصفُ المالِ، ولا شيءَ على المَرْأةِ في قياس قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ- رحمهما الله-، وفي قياس قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه نصفُ المالِ يكونُ عليهما أثلاثًا: ثُلُثاه على الرّجلِ وثُلُثُه على المَرْأةِ ولو رَجَعوا جميعًا فالضَّمانُ بينهم أخْماسٌ عندَ أبي حنيفةَ: خُمُساه على الرّجلِ، وثلاثةُ أخْماسه على النِّسْوةِ؛ لأن الرّجلَ ضِعْفُ المَرْأةِ، وعندَهما [(٥)] نصفُ الضَّمانِ على الرّجلِ ونصفُه على المَرْأةِ [(٦)] لِما ذَكَرْنا أنّ لهُنّ شَطْرَ الشَّهادةِ وإنْ كثُرْنَ، فكان التّالِفُ بشهادةِ كُلِّ نوعٍ نصفَ المالِ، واللّه أعلمُ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا شَهِدَ شاهدانِ أنّه طَلّقَ امرأتَه ثلاثًا، والزَّوْجُ يُنْكِرُ وشَهِدَ شاهدانِ بالدُّخولِ [(٧)] فقضَى القاضي بشهادَتِهم، ثُمَّ رَجَعوا فالضَّمانُ عليهم أرْباعٌ: على شاهدي الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شاهدَيِ الطَّلاقِ الرُّبُعُ؛ لأن شاهدَيِ الدُّخولِ شَهِدا [بكُلِّ المَهْرِ، لأن كُلَّ المَهْرِ يَتَأكَّدُ بالدُّخولِ، وللمُؤَكِّدِ حُكْمُ الموجِبِ على ما مَرَّ، وشاهدَيِ الطَّلاقِ شَهِدا] [(٨)] بالنِّصْفِ، لأن نصفَ المَهْرِ يَتَأكَّدُ بالطَّلاقِ على ما ذَكَرْنا، والمُؤَكِّدُ للواجبِ في معنى الواجبِ [(٩)]، فشاهدُ الدُّخولِ انفَرَدَ بنصفِ المَهْرِ، والنِّصْفُ الآخرُ اشتركَ فيه الشُّهودُ كُلُّهم، فكان نصفُ النِّصْفِ وهو الرُّبُعُ على شاهدَيِ الطَّلاقِ، وثلاثةُ

---

(١) في المخطوط: «ضمان».
(٢) في المخطوط: «ببقاء».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٦) في المخطوط: «النسوة».
(٧) في المخطوط: «بالرجوع».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «الموجب».

الأَرْباعِ على شاهدَيِ الدُّخولِ.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِه فنوعانِ: أَحَدُهما- وُجوبُ الحدِّ لَكِنْ في شهادةٍ مَخْصوصةٍ وهي الشَّهادةُ القائمةُ على الزِّنا.

وجُملةُ الكلامِ: فيه أنّ الرُّجوعَ عن الشَّهادةِ بالزِّنا، إمّا أنْ يكونَ من جميعِ الشُّهودِ وإمّا أنْ يكونَ من بعضِهم دونَ بعضٍ، فإنْ رَجَعوا جميعًا يُحَدّونَ حَدَّ القَذْفِ، سَواءٌ رَجَعوا بعدَ القَضاءِ قبل الإمضاء أو قبلَ القَضاءِ.

أمّا قبلَ القَضاءِ؛ فلأن كلامَهم قبلَ القَضاءِ انعَقَدَ قَذْفًا لا شهادةً، إلاّ أنّه لا يُقامُ الحدُّ عليهم للحالِ لاحتِمالِ أنْ يَصيرَ شهادةً بقَرينةِ القَضاءِ، فإذا رَجَعوا فقد زالَ الاحتِمالُ فبَقيَ قَذْفًا فيوجَبُ الحدُّ بالنّصِّ.

وأمّا بعدَ القَضاءِ؛ فلأن كلامَهم وإنْ صارَ [1] شهادةً باتِّصالِ القَضاءِ [به] [2] فقد انقَلَبَ قَذْفًا بالرُّجوعِ فصاروا بالرُّجوعِ قَذَفةً فيُحَدّونَ، ولو رَجَعوا بعدَ القَضاءِ والإمضاءِ، فلا خلافَ في أنّهم يُحَدّونَ إذا كان الحدُّ جَلْدًا، وإنْ كان رَجْمًا فكذلك عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ- رحمه الله-: لا حَدَّ عليهم.

وجه قولِه: أنّهم لَمّا رَجَعوا بعدَ الاستيفاءِ تَبَيَّنَ أنّ كلامَهم وقَعَ قَذْفًا من حينِ وُجودِه، فصارَ كما لو قَذَفوا صَريحًا، ثُمَّ مات المقذوفُ، وحَدُّ القَذْفِ لا يورَّثُ بلا خلافٍ بين أصحابِنا فيَسْقُطُ [3].

ولَنا: أنّ بالرُّجوعِ لا يَظْهَرُ أنّ كلامَهم كان قَذْفًا من حينِ وُجودِه، وإنّما يَصيرُ قَذْفًا وقتَ الرُّجوعِ، والمقذوفُ وقتَ الرُّجوعِ مَيِّتٌ فصارَ قَذْفًا [4] بعدَ الموتِ، فيجبُ الحدُّ هذا حُكْمُ الحدِّ.

وأمّا حُكْمُ الضَّمانِ، فأمّا قبلَ [القضاء وبعده قبل] [5] الإمضاءِ: لا ضَمانَ أصلًا لِعَدَمِ الإتْلافِ أصلًا، وأمّا بعدَ الإمضاءِ، فإنْ كان الحدُّ رَجْمًا ضَمِنوا الدِّيةَ بلا خلافٍ لِوُقوعِ شهادَتِهم إتْلافًا أو إقرارًا بالإتْلافِ، وإنْ كان الحدُّ جَلْدًا فليس عليهم أرْشُ الجلَداتِ

---

(١) في المخطوط: «كان».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فسقط».
(٤) في المخطوط: «قاذفًا».
(٥) زيادة من المخطوط.

إذا [(١)] لم يَمُتْ منها ولا الدّيةُ إنْ مات منها عندَ أبي حنيفةَ- رحمه الله-، (وعندَهما يَضْمَنونَ) [(٢)].

وجه قولِهما: أنّ شهادَتَهم وقَعَتْ إتْلافًا بطريقِ التّسْبيبِ، لأنها تُفْضي إلى القَضاءِ. والقَضاءُ يُفْضي إلى إقامةِ الجلَداتِ وأنّها تُفْضي إلى التّلَفِ فكان التّلَفُ بهذِه الوسائطِ مُضافًا إلى الشَّهادةِ فكانت إتْلافًا تسبيبًا، ولِهذا لو [(٣)] شَهِدوا بالقِصاصِ أو بالمالِ، ثُمَّ رَجَعوا وجَبَتْ [(٤)] عليهم الدّيةُ والضّمانُ كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ الأثَرَ حَصَلَ مُضافًا إلى الضَّرْبِ (دونَ الشَّهادَتَيْنِ) [(٥)] لِوجهَيْنِ:

أحدِهما: أنّ الشُّهودَ لم يَشْهَدوا [٤/ ٩٨ب] على ضرْبِ جارِحٍ، لأن الضَّرْبَ الجارِحَ غيرُ مُسْتَحَقٍّ في الجلْدِ، فلا يكونُ الجُرْحُ مُضافًا إلى شهادَتِهم.

والثاني: أنّ الضَّرْبَ مُباشَرةُ الإتْلافِ والشَّهادةَ تسبيبٌ إليه. وإضافةُ الأثَرِ إلى المُباشَرةِ أولى من إضافَتِه إلى التّسْبيبِ، إلاّ أنّه لا ضَمانَ على بَيْتِ المالِ؛ لأن هذا ليس خَطَأً من القاضي ليكونَ عَطاؤُه [(٦)] في بَيْتِ المالِ لِنوعِ تَقْصيرٍ منه، ولا تَقْصيرَ من جِهَتِه ههنا فلا شيءَ على بَيْتِ المالِ.

هذا إذا رَجَعوا جميعًا، فأمّا إذا رجع واحدٌ منهم، فإنْ كان قبلَ القَضاءِ يُحَدّونَ جميعًا عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ، وعندَ زُفَرَ يُحَدُّ الرّاجعُ خاصّةً.

وجه قولِه: أنّ كلامَهم وقَعَ شهادةً لا قَذْفًا لِكَمالِ نِصابِ الشَّهادةِ، وهو عَدَدُ الأرْبعةِ. وإنّما يَنْقَلِبُ قَذْفًا بالرُّجوعِ، ولم يوجَدْ إلاّ من أحَدِهم، فيَنْقَلِبُ كلامُه قَذْفًا خاصّةً، بخلافِ ما إذا شَهِدَ ثلاثةٌ بالزِّنا أنّهم يُحَدّونَ، لأن هناك نِصابَ الشَّهادةِ لم يَكْمُلْ فوَقَعَ كلامُهم من الابْتِداءِ قَذْفًا.

ولَنا: أنّ كلامَهم لا يَصيرُ شهادةً إلاّ بقَرينةِ القَضاءِ، ألا تَرَى أنّها لا تَصيرُ حُجّةً إلاّ (به

---

(١) في المخطوط: «إن».

(٢) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد يضمن».

(٣) في المخطوط: «إذا».

(٤) في المخطوط: «وجب».

(٥) في المخطوط: «لا إلى الشهادة».

(٦) في المخطوط: «خطؤه».

فقبلَه) [١] يكونُ قَذْفًا لا شهادةً، فكان يَنْبَغي أنْ يُقامَ الحدُّ عليهم بالنّصِّ لِوُجودِ (الرَّمْي منهم) [٢]، إلاّ أنّه لا يُقامُ لاحتِمالِ أنْ يَصيرَ شهادةً بقَرينةِ القَضاءِ، ولِئَلاّ يُؤَدّيَ إلى سَدِّ بابِ الشَّهادةِ، فإذا رجع أحَدُهم زالَ هذا المعنى فبَقيَ كلامُهم قَذْفًا فيُحَدّونَ، وصارَ كما لو كان الشُّهودُ من الابْتِداءِ ثلاثةً، فإنّهم يَحُدّونَ لِوُقوعِ كلامِهم قَذْفًا كذا هذا.

وإنْ كان بعدَ القَضاءِ قبلَ الإمضاءِ، فإنّهم يُحَدّونَ جميعًا عندَهما [٣]، وعندَ محمّدٍ يحد الرّاجعُ خاصّةً.

وجه قولِه: أنّ كلامَهم وقَعَ شهادةً لاتِّصالِ القَضاءِ به، فلا يَنْقَلِبُ قَذْفًا إلاّ بالرُّجوعِ، ولم يرجعْ إلاّ واحدٌ [منهم] [٤] فيَنْقَلِبُ كلامُه خاصّةً قَذْفًا، فلم يَصِحَّ رُجوعُه في حَقِّ الباقينَ فبَقيَ كلامُهم شهادةً فلا يُحَدّونَ.

ولهما: أنّ الإمضاءَ في بابِ الحُدودِ من القَضاءِ، بدَليلِ أنّ عَمَى الشُّهودِ أو رِدَّتَهم قبلَ القَضاءِ كما يَمْنَعُ من القَضاءِ فبعدَه يَمْنَعُ من الإمضاءِ، فكان رُجوعُه قبلَ الإمضاءِ بمنزِلةِ رُجوعِه قبلَ القَضاءِ. ولو رجع قبلَ القَضاءِ يُحَدّونَ جميعًا بلا خلافٍ بين أصحابِنا الثّلاثةِ، كذا إذا رجع بعدَ القَضاءِ قبلَ الإمضاءِ، وإنْ كان بعدَ الإمضاءِ، فإنْ كان الحدُّ جَلْدًا يُحَدُّ الرّاجعُ خاصّةً بالإجماعِ، لأن رُجوعَه صَحيحٌ [٥] في حَقِّه خاصّةً لا في حَقِّ الباقينَ فانقَلَبَتْ شهادَتُه خاصّةً قَذْفًا فيُحَدُّ خاصّةً، وإنْ كان الحدُّ رَجْمًا ومات المقذوفُ [٦] يُحَدُّ الرّاجعُ عندَ أصحابِنا [الثلاثة] [٧] (خلافًا لِزُفَرَ) [٨] وقد مَرَّتِ المسألةُ. هذا حُكْمُ الحدِّ.

فَأمّا حُكْمُ الضّمانِ فلا ضَمانَ إذا كان رُجوعُه قبلَ القَضاءِ أو بعدَه قبلَ الإمضاءِ [لِما قُلْنا. وأمّا بعدَ الإمضاءِ] [٩] فإنْ كان الحدُّ جَلْدًا فلا شيءَ على الرّاجعِ من أرْشِ السّياطِ ولا من الدّيةِ إنْ مات عندَ أبي حنيفةَ- رحمه الله- وعندَهما يجبُ، وإنْ كان رَجْمًا غَرِمَ الرّاجعُ رُبُعَ الدّيةِ، لأن الثّلاثةَ يَحْفَظونَ ثلاثةَ أرْباعِ الدّيةِ فكان التّالِفُ بشهادَتِه الرُّبُعَ.

هذا إذا كان شُهودُ الزّنا أرْبَعةً، فأمّا إذا كانوا خمسةً فرجع واحدٌ منهم، فإنّ القاضيَ

---

(١) في المخطوط: «بها فقبلها».
(٢) في المخطوط: «الزنى».
(٣) في المخطوط: «عند أبي حنيفة وأبي يوسف».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «صح».
(٦) في المخطوط: «المرجوم».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «وقال زفر: لا يحد».
(٩) ليست في المخطوط.

يُقيمُ الحدَّ على المشهودِ عليه بما بَقيَ من الشُّهودِ، لأن الأرْبَعةَ نِصابٌ تامٌّ يَحْفَظونَ الحدَّ على المشهودِ عليه.

وإنْ أمضَى الحدَّ ثُمَّ رجع اثنانِ ضَمِنا رُبُعَ الدّيةِ إنْ مات المَرْجومُ؛ لأن الثّلاثةَ قاموا بثلاثةِ أرْباعِ الحقِّ فكان التّالِفُ بشهادَتِهما الرُّبُعَ فيَضْمَنانِه. وإنْ لم يَمُتْ فليس عليهما أرْشٌ لِلضَّرْبِ [(١)] عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما يجبُ، وقد تَقَدَّمَتِ المسألةُ والله أعلم.

والثّاني: وُجوبُ التّعْزيرِ في عُمومِ الشَّهاداتِ سِوَى الشَّهادةِ على الزِّنا بأنْ [(٢)] تَعَمَّدَ شهادةَ الزّورِ، وظَهَرَ عندَ القاضي بإقرارِه، لأن قولَ الزّورِ جِنايةٌ [(٣)] ليس فيها فيما سِوَى القَذْفِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ فتوجِبُ [(٤)] التّعْزيرَ [(٥)] بلا خلافٍ بين أصحابِنا، وإنّما اختَلَفوا في كيْفيّةِ التّعْزيرِ.

قال أبو حنيفةَ- عليه الرَّحْمةُ- تَعْزيرُه تَشْهيرٌ [(٦)] فيُنادَى عليه في سوقِه أو مسجِدِ حَيِّه ويُحَذَّرُ النّاسُ منه فيُقالُ: هذا شاهدُ الزّورِ فاحذَروه.

وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ- رحمهما الله- يُضَمُّ إليه ضرْبُ أسْواطٍ، هذا إذا تابَ، فأمّا إذا لم يَتُبْ وأصَرَّ على ذلك بأنْ [(٧)] قال: «إنّي شَهِدْتُ بالزّورِ وأنا على ذلك قائمٌ» فإنّه يُعَزَّرُ بالضَّرْبِ بالإجماعِ.

احتَجّا بما رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ بنِ الخطّابِ رضي الله عنه أنّه ضرَبَ شاهدَ الزّورِ وسَخَّمَ وجهه، ولأن قولَ الزّورِ من أكبَرِ الكَبائرِ، وليس إليه [(٨)] فيما سِوَى القَذْفِ بالزِّنا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فيَحْتاجُ إلى أبلَغِ الزَّواجرِ.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله ما رويَ أنّ شُرَيْحًا رحمه الله كان يُشهِّرُ شاهدَ الزّورِ (ولا يُعَزِّرُه) [(٩)]، وكان لا تَخْفَى [٤/ ١٩٩أ] قضاياه على أصحابِ رَسولِ اللّه ﷺ-رِضْوانُ اللّه تعالى عليهم-ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ؛ ولأن الكَلامَ فيمَنْ أقَرَّ أنّه شَهِدَ بزورٍ نادِمًا على

---

(١) في المخطوط: «الضرب».
(٢) في المخطوط: «إن».
(٣) في المخطوط: «خيانة».
(٤) في المخطوط: «فيوجب».
(٥) زاد في المخطوط: «وهذا».
(٦) في المخطوط: «تشهيره».
(٧) في المخطوط: «فإن».
(٨) في المخطوط: «فيه».
(٩) في المخطوط: «ولا يعزر».

ما فعَلَ لا مُصِرًّا عليه، والنّدَمُ تَوْبةٌ [1] على لِسانِ رَسولِ اللَّه ﷺ والتّائبُ لا يَسْتَوْجِبُ الضَّرْبَ، حتّى لو كان مُصِرًّا على ذلك يُضْرَبُ، وفعلُ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه مَحْمولٌ عليه تَوْفيقًا بين الدَّلائلِ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ بالصواب وإليه المرجع والمآب.

* * *

(١) صحيح: أخرجه ابن ماجه، كتاب الزهد، باب: ذكر التوبة، برقم (٤٢٥٢)، وأحمد، برقم (٣٥٥٨)، وابن حبان (٢/ ٣٧٩)، برقم (٦١٤)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٧١)، برقم (٧٦١٣)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٥٤)، والطبراني في الصغير (١/ ٦٦)، برقم (٨٠)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٢٦٤)، برقم (١٧٣٨) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، انظر صحيح الترغيب والترهيب، رقم (٣١٤٧). .



كتاب آداب القاضي



كتاب آداب[1] القاضي

الكَلامُ في هذا الكِتابِ في مَواضِعَ:

في بيانِ فرْضيّةِ نَصْبِ القاضي.

وَفي بيانِ مَنْ يَصْلُحُ للقَضاءِ.

وَفي بيانِ مَنْ يُفْتَرَضُ عليه قَبولُ تَقْليدِ القَضاءِ.

وَفي بيانِ شَرائطِ جوازِ القَضاءِ.

وَفي بيانِ آدابِ القَضاءِ.

وَفي بيانِ ما يَنْفُذُ من القَضايا، وما يُنْقَضُ منها؛ إذا رُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ.

وَفي بيانِ ما يُحِلُّه القاضي [2] وما لا يُحِلُّه.

وَفي بيانِ حُكْمِ خَطَأِ القاضي في القَضاءِ.

وَفي بيانِ ما يخرجُ به القاضي عن القَضاءِ.

أمّا الأوّل: فنَصْبُ القاضي فرْضٌ؛ لأنه يُنْصَبُ لإقامةِ أمرٍ مَفْروضٍ، [وهو القَضاءُ] [3] قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص:٢٦] وقال تبارك وتعالى لِنَبيِّنا (المُكَرَّمِ عليه أفضَلُ الصّلاةِ والسَّلامِ) [4]: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة:٤٨].

والقَضاءُ هو: الحُكْمُ بين النّاس بالحقِّ، والحُكْمُ بما أنْزَلَ اللّه عَزَّ وجَلَّ [فكان فرضًا] [5]، فكان نَصْبُ القاضي؛ لإقامةِ الفرْضِ، فكان فرْضًا ضرورةً؛ ولأن نَصْبَ الإمامِ الأعظَمِ فرْضٌ، بلا خلافٍ بين أهْلِ الحقِّ، ولا عِبْرةَ -بِخلافِ بعضِ القَدريّةِ-؛ لِإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم على ذلك، (ولحاجة النّاس إليه) [6] إليهِ؛ لتنفيذ [7]

---

(١) في المخطوط: «أدب».

(٢) في المخطوط: «القضاء».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «ﷺ».

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) في المطبوع: «ولِمِساس الحاجةِ».

(٧) في المطبوع: «لِتَقَيُّدِ».

الأحْكامِ، وإنْصافِ المَظْلومِ من الظّالِمِ، وقَطْعِ المُنازَعاتِ التي هي مادّةُ الفسادِ، وغيرِ ذلك من المَصالِحِ التي لا تَقومُ (إلاّ بإمامٍ، لِما عُلِمَ) [١] في أُصولِ الكَلامِ، ومَعْلومٌ أنّه لا يُمْكِنُه القيامُ بما نُصِبَ له بنفسِه، فيَحْتاجُ إلى نائبٍ يقومُ مَقامَه في ذلك وهو القاضي؛ ولِهذا كان رَسولُ اللّه ﷺ يَبْعَثُ إلى الآفاقِ قُضاةً، فبَعَثَ سَيِّدَنا مُعاذًا رضي الله عنه إلى اليَمَنِ [٢]، وبَعَثَ عَتّابَ بنَ أُسَيْدٍ إلى مَكّةَ [٣]، فكان نَصْبُ القاضي من ضروراتِ نَصْبِ الإمامِ، فكان فرْضًا، وقد سَمّاه محمّدٌ رحمه الله فريضةً مُحْكَمةً؛ لأنه لا يحتملُ النَّسْخَ؛ لِكَوْنِه من الأحْكامِ التي عُرِفَ وُجوبُها بالعَقْلِ، والحُكْمُ العَقْليُّ لا يحتملُ الانتِساخَ، واللّه تعالى أعلمُ.

فصل [في من يصلح للقضاء]

وَأمّا بيانُ مَنْ يَصْلُحُ للقَضاءِ (فنَقولُ:

الصّلاحيّةُ) [٤] للقَضاءِ لها شَرائطُ:

منها: العَقْلُ.

ومنها: البلوغُ.

ومنها: الإسلامُ.

ومنها: الحُرّيّةُ.

ومنها: البَصَرُ.

ومنها: النُّطْقُ.

---

(١) في المخطوط: «بالإمام على ما عرف».

(٢) بعث معاذ إلى اليمن ذكر في الصحيحين: أخرجه البخاري، كتاب المغازي، باب: بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع، برقم (٤٣٤٧)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب: الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، برقم (١٩)، وأبو داود، برقم (١٥٨٤)، من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٣) قصته أخرجها الطبراني في الأوسط (٢/ ١٣٧)، برقم (١٤٩٨) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(٤) في المخطوط: «فالصلاحية».

ومنها: السَّلامةُ عن حَدِّ القَذْفِ.

[لِما قُلْنا في الشَّهادةِ] [(١)]، فلا يجوزُ تَقْليدُ المجنونِ والصَّبيِّ، والكافِرِ والعبدِ، والأعمَى والأخرَسِ، والمَحْدودِ في القَذْفِ؛ لأن القَضاءَ من بابِ الوِلايةِ، بل هو [من] [(٢)] أعظَمُ الوِلاياتِ، وهَؤُلاءِ ليستْ لهم أهْليّةُ أدْنَى الوِلاياتِ- وهي الشَّهادةُ- فلأَنْ لا يكونَ لهم أهْليّةٌ أعلاها أولى.

وأمّا الذُّكورةُ فليستْ (من شرطِ جوازِ) [(٣)] التّقْليدِ في الجُمْلةِ؛ لأن المَرْأةَ من أهْلِ الشهادة [(٤)] في الجُمْلةِ، إلاّ أنّها لا تَقْضي بالحُدودِ والقِصاصِ؛ لأنه لا شهادةَ لها في ذَلِك، وأهْليّةُ القَضاءِ تَدورُ مع أهْليّةِ الشَّهادةِ.

وأمّا العِلْمُ بالحلالِ والحرامِ وسائرِ الأحْكامِ: فهَلْ هو شرطُ جوازِ التّقْليدِ؟ عندَنا ليس بشرطِ الجوازِ، بل [هو] [(٥)] شرطُ النّدْبِ والاستحبابِ.

وعندَ أصحابِ الحديثِ كونُه عالِمًا بالحلالِ والحرامِ وسائرِ الأحْكامِ؛ مع بُلوغِ درَجةِ الاجتِهادِ في ذلك شرطُ جوازِ التّقْليدِ، كما قالوا في الإمامِ الأعظَمِ.

(وعندَنا هذا) [(٦)] ليس بشرطِ الجوازِ في الإمامِ الأعظَمِ؛ لأنه يُمْكِنُه أنْ يَقْضيَ بعِلْمِ غيرِه، بالرُّجوعِ إلى فتْوَى [غيرِه من] [(٧)] العُلَماءِ، فكذا في القاضي، لَكِنْ مع هذا لا يَنْبَغي أنْ يُقَلَّدَ الجاهلُ بالأحْكامِ؛ لأن الجاهلَ بنفسِه ما يُفْسِدُ أكثرُ مِمّا يُصْلِحُ، بل يَقْضي بالباطِلِ من حيث لا يَشْعُرُ به، وقد رُوِيَ عن رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ: «**القُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: قَاضٍ فِي الجنَةِ، وقَاضِيَانِ فِي النّارِ، رجلٌ عَلِمَ عِلْمًا فقضَى بِمَا عَلِمَ؛ فهُوَ فِي الجنّةِ، ورجلٌ عَلِمَ علمًا فقضَى بغيرِ مَا عَلِمَ؛ فهُوَ فِي النّارِ، ورجلٌ جَهِلَ فقضَى بالجهْلِ؛ [فهُوَ فِي النّارِ]** [(٨)]» [(٩)] إلاّ أنّه لو قُلِّدَ جازَ عندَنا؛ لأنه يَقْدِرُ على القَضاءِ بالحقِّ، بعِلْمِ غيرِه بالاستِفْتاءِ من الفُقَهاءِ، فكان

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بشرط لجواز».
(٤) في المطبوع: «الشَّهاداتِ».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «وهذا عندنا».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب: في القاضي يخطئ، برقم (٣٥٧٣)، والترمذي، برقم (١٣٢٢)، وابن ماجه، برقم (٢٣١٥)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٦١)، برقم (٥٩٢٢)، من حديث بريدة رضي الله عنه، انظر صحيح الترغيب والترهيب، رقم (٢١٧٢).

تَقْليدُه جائزًا في نفسِه، فاسدًا لِمَعْنًى في غيرِه، والفاسدُ لِمَعْنًى في غيرِه يَصْلُحُ للحُكْمِ عندَنا مثلُ الجائزِ، حتّى يَنْفُذَ قَضاياه التي لم يُجاوِزْ فيها حَدَّ الشّرعِ، وهو كالبيعِ الفاسدِ، أنّه مثلُ [٤/ ٩٩ب] الجائزِ عندَنا في حَقِّ الحُكْمِ، كذا هذا.

وَكذا العَدالةُ عندَنا ليستْ بشرطٍ لِجوازِ التّقْليدِ، لَكِنّها [١] شرطُ الكَمالِ، فيجوزُ تَقْليدُ الفاسقِ وتَنْفُذُ قَضاياهُ إذا لم يُجاوِزْ فيها حَدَّ الشّرعِ.

وَعندَ الشّافعيِّ - رحمه الله - شرطُ الجوازِ، فلا يَصْلُحُ الفاسقُ قاضيًا عندَه، بناءً على أنّ الفاسقَ ليس من أهْلِ الشّهادةِ عندَه، فلا يكونُ من أهْلِ القَضاءِ، وعندَنا هو من أهْلِ الشّهادةِ، فيكونُ من أهْلِ القَضاءِ، لَكِنْ لا يَنْبَغي أنْ يُقَلَّدَ الفاسقُ؛ لأن القَضاءَ أمانةٌ عَظيمةٌ، وهي أمانةُ الأموالِ، والأبضاعِ والنُّفوسِ، فلا يقومُ بوَفائها إلاّ مَنْ كمُلَ ورَعُه، وتَمَّ تَقْواه، إلاّ أنّه مع هذا لو قُلِّدَ؛ جازَ التّقْليدُ في نفسِه وصارَ قاضيًا؛ لأن الفسادَ لِمَعْنًى في غيرِه، فلا يَمْنَعُ جوازَ (تَقْليدِه القَضاءَ) [٢] في نفسِهِ؛ (لِما مَرَّ) [٣].

وامّا تَرْكُ الطّلَبِ: فليس بشرطٍ؛ لِجوازِ التّقْليدِ بالإجماعِ، فيجوزُ تَقْليدُ الطّالِبِ بلا خلافٍ؛ لأنه يَقْدِرُ على القَضاءِ بالحقِّ، لَكِنْ لا يَنْبَغي أنْ يُقَلَّدَ؛ لأن الطّالِبَ يكونُ مُتَّهَمًا.

ورُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنّه قَالَ: «إنّا لَا نُوَلِّي أمرَنَا هذَا مَنْ كَانَ [له] [٤] طَالِبًا» [٥] وروي عنه ﷺ أنّه قَالَ: «مَنْ سَألَ القَضاءَ وُكِلَ إلى نفسِه، ومَنْ أُجْبِرَ عليه نَزَلَ عليه مَلَكٌ يُسَدِّدُه» [٦] وهذا إشارةٌ إلى أنّ الطّالِبَ، لا يوَفَّقُ لإصابةِ الحقِّ، والمُجْبَرُ [عليه] [٧] يوَفَّقُ.

وأمّا شَرائطُ الفضيلةِ والكَمالِ: فهو [٨] أنْ يكونَ القاضي عالِمًا بالحلالِ والحرامِ

---

(١) في المخطوط: «لكنه».
(٢) في المخطوط: «التقليد».
(٣) في المخطوط: «على ما ذكرنا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب: ما يكره من الحرص على الإمارة، برقم (٧١٤٩)، ومسلم، كتاب الإمارة، باب: النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها، برقم (١٧٣٣)، من حديث أبي موسى الأشعري.
(٦) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب: في طلب القضاء والتسرع إليه، برقم (٣٥٧٨)، والترمذي، برقم (١٣٢٣)، وابن ماجه، برقم (٢٣٠٩)، وأحمد، برقم (١٢٨٨٩)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، انظر ضعيف الجامع الصغير، رقم (٥٣٢٠).
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «فهي».

وسائرِ الأحْكامِ، قد بَلَغَ في عِلْمِه ذلك حَدَّ الاجتِهادِ، عالِمًا بمُعاشَرةِ النّاس ومُعامَلَتِهم، عَدْلاً ورِعًا، عَفيفًا (عن التُّهْمةِ) [1]، صائنَ النّفْسِ عن الطَّمَعِ؛ لأن القَضاءَ: هو الحُكْمُ بين النّاس بالحقِّ، فإذا كان المُقلدُ بهذِه الصِّفاتِ، فالظّاهرُ أنّه لا يَقْضي إلاّ بالحقِّ والله أعلم.

ثُمَّ ما ذَكَرْنا أنّه شرطُ جوازِ التّقْليدِ، فهو شرطُ جوازِ التّحْكيمِ؛ لأن التّحْكيمَ مشروعٌ، قال اللّه تعالى- عَزَّ شأنُه-: ﴿فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ [النساء:٣٥] فكان الحُكْمُ من الحكَمَيْنِ بمنزِلةِ حُكْمِ القاضي المُقَلدِ، إلاّ أنّهما يَفْتَرِقانِ في أشْياءَ مَخْصوصةٍ.

منها: التحكيم [2] في الحُدودِ والقِصاصِ لا يَصِحُّ.

ومنها: أنّه ليس بلازِمٍ حتى [3] يَتَّصِل به الحُكْمُ، حتّى لو رجع أحَدُ المُتَحاكِمَيْنِ قبلَ الحُكْمِ؛ يَصِحُّ رُجوعُه، وإذا حَكَمَ صارَ لازِمًا.

ومنها: أنّه إذا حَكَمَ في فصلٍ مُجْتَهَدٍ فيه، ثُمَّ رُفِعَ حُكْمُه إلى القاضي، ورَأيُه يُخالفُ رَأيَ الحاكِمِ المُحَكَّمِ له، أنْ يَفْسَخَ حُكْمَه، والفرْقُ بين هذِه الجُمْلةِ يُعْرَفُ في كتاب أدب القاضي، إنْ شاء اللّه تعالى.

فصل [في من يفترض عليه قبول تقليد القضاء]

وأمّا بيانُ مَنْ يُفْتَرَضُ عليه قَبولُ تَقْليدِ القَضاءِ، فنَقولُ وبالله التوفيق: إذا عرف القَضاءُ على مَنْ يَصْلُحُ له من أهْلِ البَلَدِ، يُنْظَرُ إنْ كان في البَلَدِ عَدَدٌ يَصْلُحونَ للقَضاءِ، لا يُفْتَرَضُ عليه القَبولُ، بل هو في سَعةٍ من القَبولِ والتّرْكِ.

أمّا جوازُ القَبولِ؛ فلأن الأنْبياءَ والمُرْسَلينَ، صلوات الله عليهم أجمعين قَضَوْا بين الأُمَمِ بأنْفُسِهم، وقَلّدوا غيرَهم وأمَروا بذلك، فقد بَعَثَ رَسولُ اللّه ﷺ مُعاذًا رضي الله عنه إلى اليَمَنِ قاضيًا، وبَعَثَ عَتّابَ بنَ أُسَيْدٍ رضي الله عنه إلى مَكّةَ قاضيًا، وقَلّدَ [النّبيُّ عليه الصلاة والسلام] [4] كثيرًا من أصحابِه رضي الله تعالى عنهم الأعمالَ، وبَعَثَهم إليها، وكذا الخُلَفاءُ الرّاشِدونَ رضوان الله عليهم قَضَوْا بأنْفُسِهم، وقَلّدوا غيرَهم، فقَلّدَ

---

(١) في المخطوط: «عالي الهمة».

(٢) في المطبوع: «أنّ الحُكْمَ».

(٣) في المطبوع: «ما لم».

(٤) ليست في المخطوط.

سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه شُرَيْحًا القَضاءَ، وقَرَّرَه سَيِّدُنا عُثْمانُ، وسَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنهما. وأمّا جوازُ التّرْكِ؛ فلِمَا رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنّه قَالَ لأبِي ذَرٍّ رضي الله عنه: «إيَّاكَ والإمَارةَ» ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قَالَ: «لَا تَتَأمَّرَنَ على اثنيْنِ» (١).

وقد رويَ أنّ أبا حنيفةَ رضي الله عنه عُرِضَ عليه القَضاءُ، فأبَى حتّى ضُرِبَ على ذلك ولم يَقْبل، وكذا لم يَقْبله كثيرٌ من صالِحي الأُمّةِ، وهذا معنى ما ذَكَرَ في الكِتابِ، دَخَلَ فيه قَوْمٌ صالِحونَ، وتَرَكَ الدُّخولَ فيه قَوْمٌ صالِحونَ.

ثُمَّ إذا جازَ به كان له التّرْكُ والقَبولُ في هذا الوجه، اختَلَفوا في أنّ القَبولَ أفضَلُ أم التّرْكَ؟ قال بعضُهم: التّرْكُ أفضَلُ، وقال بعضُهم: القَبولُ أفضَلُ، احتَجَّ الفريقُ الأوّلُ بما رُوِيَ عن النّبِيِّ ﷺ أنّه قَالَ: «مَنْ جُعِلَ على القَضَاءِ فقد ذُبِحَ بغيرِ سِكِّينٍ» (٢)، وهذا يجْري مجرَى الزَّجْرِ عن تَقَلُّدِ القَضاءِ، احتَجَّ (٣) الفريقُ الآخَرُ بصُنْعِ الأنْبياءِ والمُرْسَلينَ- صلوات الله عليهم أجمعين- وصُنْعِ الخُلَفاءِ الرّاشِدين والصالحين؛ لأن لَنا فيهم قُدْوةً؛ ولأن القَضاءَ بالحقِّ إذا أرادَ به وجهَ اللّه سبحانه وتعالى؛ يكونُ عِبادةً خالصةً بل هو [من] (٤) أفضَلِ العِباداتِ، قَالَ النّبِيُّ ﷺ: «عَدْلُ سَاعةٍ [٤/ ١٠٠أ] خيرٌ (٥) من عِبَادةِ سِتِّينَ سَنةً» (٦). والحديثُ مَحْمولٌ على القاضي الجاهلِ، أو العالِم الفاسقِ، أو الطّالِبِ الذي لا يَأمَنُ على نفسِه الرِّشْوةَ، فيَخافُ أنْ يَميلَ إليها، تَوْفيقًا بين الدَّلائلِ والله أعلم.

هذا إذا كان في البَلَدِ عَدَدٌ يَصْلُحونَ للقَضاءِ، فأمّا إذا كان لم يَصْلُحْ له إلاّ رجلٌ واحدٌ؛ فإنّه يُفْتَرَضُ عليه القَبولُ؛ إذا عُرِضَ عليهِ؛ لأنه إذا لم يَصْلُحْ له غيرُه- تَعَيَّنَ هو لإقامةِ هذِه

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب الإمارة، باب: كراهة الإمارة بغير ضرورة، برقم (١٨٢٦)، وأبو داود، كتاب الوصايا، باب: ما جاء في الدخول في الوصايا، برقم (٢٨٦٨)، والنسائي، برقم (٣٦٦٧)، وأحمد، برقم (٢١٠٥٣)، من حديث أبي ذر رضي الله عنه.

(٢) حسن صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب: في طلب القضاء، برقم (٣٥٧١)، والترمذي، برقم (١٣٢٥)، وابن ماجه، برقم (٢٣٠٨)، وأحمد، برقم (٧١٠٥)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر صحيح الترغيب والترهيب، رقم (٢١٧١).

(٣) في المخطوط: «وتمسك».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «أفضل».

(٦) ضعيف جدًا: أورده المنذري في ترغيبه (٣/ ١١٧)، برقم (٣٣٠٥)، وكذا الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٦٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر ضعيف الترغيب والترهيب، رقم (١٣١٨).

العِبادةِ، فصارَ [١] فرْضَ عَيْنٍ عليه، إلاّ أنّه لا بُدَّ من التّقْليدِ، فإذا قُلِّدَ- افْتُرِضَ عليه القَبولُ على وجهٍ لو امتَنَعَ من القَبولِ- يَأثَمُ، كما في سائرِ فُروضِ الأعيانِ، واللَّه- سبحانه وتعالى- أعلمُ.

فصل [في شرائط القضاء]

وأمّا شَرائطُ القَضاءِ فأنْواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى القاضي.

وبعضُها يرجعُ إلى نفسِ القَضاءِ.

وبعضُها يرجعُ إلى المقضيِّ له.

وبعضُها يرجعُ إلى المقضيِّ عليه.

أمّا الذي يرجعُ إلى القاضي فما ذَكَرْنا من شَرائطِ جوازِ تَقْليدِ القَضاءِ؛ لأن مَنْ [٢] لا يَصْلُحُ قاضيًا؛ لا يجوزُ قَضاؤه ضرورةً.

وأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ القَضاءِ، فأنْواعٌ:

منها: أنْ يكونَ بحَقٍّ، وهو الثّابتُ عندَ اللَّهِ- عَزَّ وجَلَّ- من حُكْمِ الحادِثةِ، إمّا قَطْعًا بأنْ قامَ عليه دَليلٌ قَطْعيٌّ، وهو النّصُّ المُفَسَّرُ من الكِتابِ الكَريمِ، أو الخبَرُ المشهورُ أو المُتَواتِرُ، والإجماعُ، وإمّا ظاهرًا؛ بأنْ قامَ عليه دَليلٌ ظاهرٌ، يوجِبُ عِلْمَ غالِبِ الرَّأيِ، وأكثرَ الظَّنِّ، وهو ظَواهرِ الكِتابِ الكَريمِ والمُتَواتِرِ والمشهورِ، وخَبَرِ الواحدِ، والقياس الشّرعيِّ، وذلك في المَسائلِ الاجتِهاديّةِ التي اختَلَفَ فيها الفُقَهاءُ-رحمهم الله- والتي لا رِوايةَ في جوابِها عن السَّلَفِ، بأنْ لم تَكُنْ [٣] واقِعةً، حتّى لو قَضَى بما قامَ الدَّليلُ القَطْعيُّ على خلافِهِ- لم يجُزْ؛ لأنه قَضاءٌ بالباطِلِ قَطْعًا.

وكذا لو قَضَى في موضِعِ (الخلافِ، بما كان خارِجًا) [٤] عن أقاويلِ الفُقَهاءِ كُلِّهم، لم يجُزْ؛ لأن الحقَّ لا يَعْدو أقاويلَهم، فالقَضاءُ بما هو خارِجٌ عنها كُلِّها يكونُ قَضاءً باطِلاً

---

(١) في المخطوط: «وصار».

(٢) في المخطوط: «ما».

(٣) في المخطوط: «يكن».

(٤) في المخطوط: «الاختلاف بما هو خارج».

قَطْعًا، وكذا لو قَضَى بالاجتِهادِ فيما فيه (نَصٌّ ظاهرٌ، يُخالفُه) [١] من الكِتابِ الكَريم والسُّنّةِ- لم يجُزْ قَضاؤُهُ؛ لأن القياسَ في مُقابَلةِ النّصِّ باطِلٌ، سَواءٌ كان النّصُّ قَطْعيًا [٢] أو ظاهرًا. وأمّا فيما لا نَصَّ فيه يُخالفُه، ولا إجماعَ (النُّقولِ، لا) [٣] يخلو: إمّا أنْ كان القاضي من أهْلِ الاجتِهادِ وإمّا أنْ لم يَكُنْ من أهْلِ الاجتِهادِ، فإنْ كان من أهْلِ الاجتِهادِ، وأفضَى رَأيُه إلى شيءٍ يجبُ عليه العملُ به [٤]، وإنْ خالَفَ رَأيَ غيرِه [مِمَّنْ هو] [٥] من أهْلِ الاجتِهادِ والرَّأيِ، ولا يجوزُ له أنْ يَتْبَعَ رَأيَ غيرِه؛ لأن ما أدَّى إليه اجتِهادُه هو الحقُّ عندَ اللَّهِ- عَزَّ وجَلَّ- ظاهرًا، فكان غيرُه باطِلًا ظاهرًا، لأن الحقَّ في المُجْتَهداتِ واحدٌ، والمُجْتَهِدُ يُخْطِئُ ويُصيبُ- عندَ أهْلِ السُّنّةِ والجماعةِ- في العَقْليّاتِ والشّرعيّاتِ جميعًا.

ولو أفضَى رَأيُه إلى شيءٍ. وهناك مُجْتَهِدٌ آخَرُ- أفقَه منه- له رَأيٌ آخَرُ، فأرادَ أنْ يعملَ برَأيِه، من غيرِ النّظَرِ فيه، وتَرَجَّحَ رَأيُه بكَوْنِه أفقَهَ منه، هَلْ يَسَعُه ذلك؟ ذَكَرَ في كِتابِ الحُدودِ، أنّ عندَ أبي حنيفةَ يَسَعُه ذلك، وعندَهما [٦] لا يَسَعُه إلاّ أنْ يعملَ برَأيِ نفسِه.

وذَكَرَ في بعضِ الرِّواياتِ هذا الاختِلافَ على العَكْسِ، فقال: على قولِ أبي حنيفةَ: لا يَسَعُه، وعلى قولِهما: يَسَعُه، وهذا يرجعُ إلى أنّ كونَ أحَدِ المُجْتَهِدَيْنِ أفقَهَ، من غيرِ النّظَرِ في رَأيِه، هَلْ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا؟ مَنْ قال: يَصْلُحُ مُرَجِّحًا، قال: يَسَعُه، ومَنْ قال لا يَصْلُحُ، قال: لا يَسَعُه.

وجه قولِ مَنْ لا يَرَى [٧] التّرْجيحَ بكَوْنِه أفقَهَ: أنّ التّرْجيحَ يكونُ بالدَّليلِ، وكَوْنُه أفقهَ ليس من جنسِ الدَّليلِ، فلا يَقَعُ به التّرْجيحُ، وهذا [٨] لا يَصْلُحُ دَليلَ الحُكْمِ بنفسِه.

وجه قولِ مَنْ يَرَى به التّرْجيحَ: أنّ هذا من جنسِ الدَّليلِ؛ لأن كونَه أفقَهَ، يَدُلُّ على أنّ اجتِهادَه أقرب [٩] إلى الصّوابِ، فكان من جنسِ الدَّليلِ فيَصْلُحُ لِلتَّرْجيحِ، إنْ لم يَصْلُحْ دَليلَ الحُكْمِ بنفسِه، وأبَدًا يكونُ التّرْجيحُ بما لا يَصْلُحُ دَليلَ الحُكْمِ بنفسِه، ولِهذا قيلَ:

---

(١) في المخطوط: «ظاهر نص بخلافه».

(٢) في المخطوط: «قاطعا».

(٣) في المخطوط: «فلا».

(٤) في المخطوط: «برأيه».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».

(٧) في المخطوط: «يوجب».

(٨) في المخطوط: «ولهذا».

(٩) في المطبوع: «إقرار».

في حَدِّه زيادةٌ لا يَسْقُطُ بها التّعارُضُ حقيقةً؛ (لِما عُلِمَ) [(١)] في أُصولِ الفِقْه، ولِهذا أوجَبَ أبو حنيفةَ-رحمه الله- تَقْليدَ (الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله تعالى عنهم) [(٢)] ورَجَّحَه على القياس؛ لِما أنّ قوله أقرَبُ إلى إصابةِ الحقِّ من قولِ القائسِ كذا هذا، وإنْ أُشْكِلَ عليه حُكْمُ الحادِثةِ استَعْمَلَ رَأيَه في ذلك وعَمِلَ به، والأفضَلُ أنْ يُشاوِرَ أهْلَ الفِقْه في ذلك، فإنِ اختَلَفوا في حُكْمِ الحادِثةِ- نَظَرَ في ذلك، فأخَذَ بما يُؤَدّي إلى الحقِّ ظاهرًا، وإنِ اتَّفَقوا على رَأيٍ يُخالِفُ رَأيَه- عَمِلَ برَأيِ نفسِه أيضًا؛ لأن المُجْتَهِدَ مَأمورٌ بالعملِ بما يُؤَدّي إليه اجتِهادُه [٤/ ١٠٠ب]، فحَرُمَ عليه تَقْليدُ غيرِه، لَكِنْ لا يَنْبَغي أنْ يُعَجِّلَ بالقَضاءِ، ما لم يَقْضِ حَقَّ التّأمُّلِ [(٣)] والاجتِهادِ، ويَنْكَشِفْ له وجه الحقِّ، فإذا ظَهَرَ له الحقُّ باجتِهادِه، قَضَى بما يُؤَدّي إليه اجتِهادُه، ولا يكونَنّ خائفًا في اجتِهادِه، بعدَما بَذَلَ مجهودَه لِإصابةِ الحقِّ، فلا يقولَنّ: إنّي أرَى، وإنّي أخافُ؛ لأن الخوْفَ والشَّكَّ والظَّنَّ، يَمْنَعُ من إصابةِ الحقِّ، ويَمْنَعُ من الاجتِهادِ، فيَنْبَغي أنْ يكونَ جَريئًا جُسورًا على الاجتِهادِ، بعدَ أنْ لم يُقَصِّرْ في طَلَبِ الحقِّ، حتّى لو قَضَى مُجازِفًا لم يَصِحَّ قَضاؤُه، فيما بينه وبين اللّه سبحانه وتعالى، وإنْ كان من أهْلِ الاجتِهادِ، إلاّ أنّه إذا كان لا يَدْري حاله - يُحْمَلُ على أنّه قَضَى برَأيِه، ويُحْكَمُ بالصِّحّةِ حَمْلاً لأمرِ المسلمِ على الصِّحّةِ والسَّدادِ ما أمكَنَ، واللّه- سبحانه وتعالى- أعلمُ.

هذا إذا كان القاضي من أهْلِ الاجتِهادِ. فأمّا إذا لم يَكُنْ من أهْلِ الاجتِهادِ فإنْ عَرَفَ أقاويلَ أصحابِنا، وحَفِظَها على (الاختِلافِ والاتِّفاقِ) [(٤)] - عَمِلَ بقولِ مَنْ يَعْتَقِدُ قوله حَقًّا على التَّقْليدِ، وإنْ لم يَحْفَظْ أقاويلَهم- عَمِلَ بفَتْوَى أهْلِ الفِقْه في بَلَدِه من أصحابِنا.

وإنْ لم يَكُنْ في البَلَدِ إلاّ فقيهٌ واحدٌ؟ من أصحابنا [مَنْ قال] [(٥)]: يَسَعُه أنْ يَأخُذَ بقولِه، ونَرْجو أنْ لا يكونَ عليه شيءٌ؛ لأنه إذا لم يَكُنْ من أهْلِ الاجتِهادِ بنفسِه، وليس هناك سِواه من أهْلِ الفِقْهِ- مَسَّتِ الضَّرورةُ إلى الأخْذِ بقولِه، قال اللّه تبارك وتعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل:٤٣].

ولو قَضَى بمذهَبِ خَصْمِه، وهو يَعْلَمُ ذلك [(٦)] لا يَنْفُذُ قَضاؤُهُ؛ لأنه قَضَى بما هو باطِلٌ

---

(١) في المخطوط: «على ما عرف».
(٢) في المخطوط: «الصحابي».
(٣) في المخطوط: «التأويل».
(٤) في المخطوط: «الإحكام والإتقان».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «بذلك».

في اعتِقادِه، فلا يَنْفُذُ كما لو كان مُجْتَهِدًا، فتَرَكَ رَأْيَ نفسِه، وقَضَى برَأْيِ مُجْتَهِدٍ يَرَى رَأْيَه باطِلًا- فإنّه لا يَنْفُذُ قَضاؤُهُ؛ لأنه قَضَى بما هو باطِلٌ في اجتِهادِه كذا هذا.

وَلو نَسيَ القاضي مذهَبَه فقَضَى بشيءٍ، على [(١)] ظَنِّ أنّه مذهَبُ نفسِه، ثُمَّ تبَيَّنَ أنّه مذهَبُ خَصْمِهِ؟ ذَكَرَ [(٢)] في شرحِ الطَّحاويِّ: أنّ له أنْ يُبْطِلَه، ولم يَذْكُرِ الخلافَ؛ لأنه إذا لم يَكُنْ مُجْتَهِدًا- تبَيَّنَ أنّه قَضَى بما لا يَعْتَقِدُه حقًّا، فتَبَيَّنَ [(٣)] أنّه وقَعَ باطِلًا، كما لو قَضَى وهو يَعْلَمُ أنّ ذلك مذهَبُ خَصْمِه.

وذَكرَ في أدَبِ القاضي: أنّه يَصِحُّ قَضاؤُه عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما لا يَصِحُّ.

لهما: أنّ القاضيَ مُقَصِّرٌ؛ لأنه يُمْكِنُه حِفْظُ مذهَبِ نفسِه، وإذا لم يَحْفَظْ فقد قَصَّرَ، والمُقَصِّرُ غيرُ مَعْذورٍ، ولأبي حنيفةَ: أنّ النِّسيانَ غالِبٌ- خُصوصًا عندَ تَزاحُمِ الحوادِثِ- فكان مَعْذورًا.

هذا إذا لم يَكُنِ القاضي من أهْلِ الاجتِهادِ، فأمّا إذا كان من أهْلِ الاجتِهادِ، يَنْبَغي أنْ يَصِحَّ قَضاؤُه في الحُكْمِ بالإجماعِ، ولا يكونُ لِقاضٍ آخَرَ أنْ يُبْطِلَهُ؛ لأنه لا يُصَدَّقُ على النِّسْيانِ، بل يُحْمَلُ على أنّه اجتَهَدَ، فأدَّى اجتِهادُه إلى مذهَبِ خَصْمِه فقَضَى به، فيكونُ قَضاؤُه باجتِهادِه فيَصِحُّ.

وَإنْ قَضَى في حادِثةٍ- وهي [(٤)] مَحِلُّ الاجتِهادِ- برَأيِه، ثُمَّ رُفِعَتْ إليه ثانيًا فتَحَوّلَ رَأيُه يعملُ بالرَّأْيِ الثّاني، ولا يوجِبُ هذا نَقْضَ الحُكْمِ بالرَّأْيِ الأوّلِ؛ لأن القَضاءَ بالرَّأْيِ الأوّلِ قَضاءٌ مُجْمَعٌ على جوازِهِ؛ لاتِّفاقِ أهْلِ الاجتِهادِ على أنّ للقاضي أنْ يَقْضيَ في مَحِلِّ الاجتِهادِ وبِما يُؤَدّي إليه اجتِهادُه، فكان هذا قَضاءً مُتَّفَقًا على صِحَّتِه، ولا اتِّفاقَ على صِحّةِ هذا الرَّأْيِ الثّاني، فلا يجوزُ نَقْضُ المُجْمَعِ عليه بالمُخْتَلَفِ، ولِهذا لا يجوزُ لِقاضٍ آخَرَ أنْ يُبْطِلَ هذا الاجتِهادَ [(٥)] كذا هذا.

وقد رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قَضَى في حادِثةٍ، ثُمَّ قَضَى فيها بخلافِ تلك القَضيّةِ، فسُئِلَ فقال: تلك كما قَضَيْنا وهذِه كما نَقْضي.

---

(١) في المخطوط: «لا».
(٢) في المخطوط: «وذكر».
(٣) في المخطوط: «فيتبين».
(٤) في المخطوط: «هي».
(٥) في المخطوط: «القضاء».

ولو رُفِعَتْ إليه ثالِثًا، فتَحَوّلَ رَأيُه إلى الأوّلِ يُعْمَلُ به، ولا يُبْطَلُ قَضاؤُه بالرَّأيِ الثّاني، بالعملِ بالرَّأيِ الأوّلِ، كما لا يُبْطَلُ قَضاؤُه الأوّلُ، بالعملِ بالرَّأيِ الثّاني لِما قُلْنا.

وَلو أنّ فقيهًا قال لامرأتِه: أنْتِ طالِقٌ البَتّةَ، ومن رَأيِه أنّه بائنٌ [(١)]، فأمضَى رَأيَه فيما بينه (وبين امرأتِه) [(٢)]، وعَزَمَ على أنّها قد حَرُمَتْ عليه، ثُمَّ تَحَوّلَ رَأيُه إلى أنّها تَطْليقةٌ واحدةٌ، يَمْلِكُ الرَّجْعةَ؛ فإنّه يعملُ برَأيِه الأوّلِ في [حَقِّ] [(٣)] هذِه المَرْأةِ، وتَحْرُمُ عليه، وإنّما يُعْمَلُ برَأيِه الثّاني في المُسْتَقْبَلِ، في حَقِّها وفي حَقِّ غيرِها؛ لأن الأوّلَ رَأيٌ أمضاه بالاجتِهادِ، وما أُمْضيَ بالاجتِهادِ؛ لا يُنْقَضُ باجتِهادٍ مثلِه.

وكذلك لو كان رَأيُه أنّها واحدةٌ، يَمْلِكُ الرَّجْعةَ [(٤)]، فعَزَمَ على أنّها مَنْكوحةٌ [(٥)]، ثُمَّ تَحَوّلَ رَأيُه إلى أنّه بائنٌ، فإنّه يُعْمَلُ برَأيِه الأوّلِ، ولا تَحْرُمُ عليهِ؛ لِما قُلْنا. ولو لم يَكُنْ عَزَمَ على الحُرْمةِ في الفصلِ الأوّلِ حتّى تَحَوّلَ رَأيُه إلى الحِلِّ، لا تَحْرُمُ عليه، وكذا في الفصلِ الثّاني، لو لم يَكُنْ عَزَمَ على الحِلِّ، حتّى تَحَوّلَ رَأيُه إلى الحُرْمةِ، تَحْرُمُ عليهِ؛ لأن نفسَ [٤/ ١٠١أ] الاجتِهادِ مَحِلُّ [(٦)] النّقْضِ، ما [(٧)] لم يَتَّصِلْ به الإمضاءُ، واتِّصالُ الإمضاءِ بمنزلةِ اتِّصالِ القَضاءِ، واتِّصالُ القَضاءِ يَمْنَعُ من النّقْضِ، فكذا اتِّصالُ الإمضاءِ.

وكذلك الرّجلُ إذا لم يَكُنْ فقيهًا، فاستفتَى فقيهًا فأفتاه بحَلالٍ أو حَرامٍ، (ولو لم) [(٨)] يَكُنْ عَزَمَ على ذلك، حتّى أفتاه فقيهٌ آخَرُ بخلافِه، فأخذَ بقولِه وأمضاه في مَنْكوحَتِه، لم يجُزْ له أنْ يَتْرُكَ ما أمضاه فيه، ويرجعُ إلى ما أفتاه به الأوّلُ؛ لأن العملَ بما أمضَى واجبٌ، لا يجوزُ نَقْضُه مُجْتَهِدًا كان أو مُقَلِّدًا؛ لأن المُقَلِّدَ مُتعَبِّدٌ بالتّقْليدِ، كما أنّ المُجْتَهِدَ مُتعَبِّدٌ بالاجتِهادِ، ثُمَّ لم يجُزْ للمُجْتَهِدِ نَقْضُ ما أمضاه، فكذا لا يجوزُ ذلك للمُقَلِّدِ.

ثُمَّ ما ذَكَرْنا من نَفاذِ قَضاءِ القاضي في مَحَلِّ الاجتِهادِ، بما يُؤَدّي إليه اجتِهادُهُ؛ إذا لم يَكُنِ المقضيُّ عليه والمقضيُّ له من أهْلِ الرَّأيِ والاجتِهادِ، أو كانا من أهْلِ الرَّأيِ والاجتِهادِ، ولَكِنْ لم يُخالِفْ رَأيُهما رَأيَ القاضي.

---

(١) في المخطوط: «يأمن».

(٢) في المخطوط: «وبينها».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «الراجعة».

(٥) في المخطوط: «منكوحته».

(٦) في المخطوط: «بمحل».

(٧) في المخطوط: «لما».

(٨) في المخطوط: «ولم».

[فأمّا إذا كانا من أهْلِ الاجتِهادِ، وخالَفَ رَأيُهما رَأيَ القاضي] [(١)]، فجُمْلةُ الكَلامِ فيه: أنّ قَضاءَ القاضي يَنْفُذُ على المقضيِّ عليه في مَحَلِّ الاجتِهادِ، سَواءٌ كان المقضيُّ عليه، عاميًّا مُقَلِّدًا أو فقيهًا مُجْتَهِدًا، يُخالفُ رَأيُه رَأيَ القاضي بلا خلافٍ.

أمّا إذا كان مُقَلِّدًا فظاهرٌ؛ لأن العامّيَّ يَلْزَمُه تَقْليدُ المُفْتي، فتَقْليدُ القاضي أولى، وكذا إذا كان مُجْتَهِدًا؛ لأن القَضاءَ في مَحَلِّ الاجتِهادِ، بما يُؤَدّي إليه اجتِهادُ القاضي، قَضاءٌ مُجْمَعٌ على صِحَّتِه على ما مَرَّ، ولا معنى لِلصِّحّةِ إلاّ النّفاذُ على المقضيِّ عليه.

(وصورةُ المسألةِ) [(٢)] إذا قال الرّجلُ لامرأتِه: أنْتِ طالِقٌ ألبَتّةَ ورأى الزَّوْجُ أنّه واحدةٌ، يَمْلِكُ الرَّجْعةَ ورأى القاضي أنّه بائنٌ، فرافَعَتْه المَرْأةُ إلى القاضي، فقَضَى بالبَيْنونةِ يَنْفُذُ قَضاؤُه بالاتِّفاقِ؛ لِما قُلْنا.

وأمّا قَضاؤُه للمقضيِّ له بما يُخالفُ رَأيَه، هَلْ يَنْفُذُ؟ قال أبو يوسفَ: لا يَنْفُذُ، وقال محمّدٌ: يَنْفُذُ.

وصورةُ المسالة: إذا قال الرّجلُ لامرأتِه: أنْتِ طالِقٌ ألبَتّةَ، ورَأى الزَّوْجُ أنّه بائنٌ، ورَأى القاضي أنّها [(٣)] واحدةٌ، يَمْلِكُ الرَّجْعةَ، فرافَعَتْه إلى القاضي؛ فقَضَى بتَطْليقةٍ واحدةٍ يَمْلِكُ الرَّجْعةَ؛ لا يَحِلُّ له المُقامُ معها عندَ أبي يوسفَ، وعندَ محمّدٍ يَحِلُّ له.

وجه قولِ محمدٍ ما ذكرنا: أنّ هذا قَضاءٌ وقَعَ الاتِّفاقُ على جوازِه، لِوُقوعِه في فصلٍ مُجْتَهَدٍ فيه، فيَنْفُذُ على المقضيِّ عليه والمقضيِّ له؛ لأن القَضاءَ له تَعَلُّقٌ بهما جميعًا، ألا تَرَى أنّه لا يَصِحُّ إلاّ بمُطالَبةِ [(٤)] المقضيِّ له.

ولأبي يوسف: أنّ صِحّةَ القَضاءِ إنْفاذُه [(٥)] في مَحَلِّ الاجتِهاد، يَظْهَرُ أثَرُه في حَقِّ المقضيِّ عليه، لا في حَقِّ المقضيِّ لهُ؛ لأن المقضيَّ عليه مجبورٌ في القَضاءِ عليه. فأمّا المقضيُّ له فمُخْتارٌ في القَضاءِ له، فلو اتَّبَعَ رَأيَ القاضي، إنّما يَتْبَعُه تَقْليدًا، وكَوْنُه مُجْتَهِدًا يَمْنَعُ من التّقْليدِ، فيجبِ [عليه] [(٦)] العملُ برَأيِ نفسِه.

وَعلى هذا كُلُّ تَحْليلٍ أو تَحْريمٍ أو إعتاقٍ أو أخْذِ مالٍ؛ إذا قَضَى القاضي بما يُخالفُ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وصورته».
(٣) في المطبوع: «أنه».
(٤) في المخطوط: «بطلب».
(٥) في المخطوط: «نفاذه».
(٦) زيادة من المخطوط.

رَأيَ المقضيِّ عليه أو له، فهو على ما ذَكَرْنا من الاتِّفاقِ والاختِلافِ.

وَكذلك المُقَلِّدُ إذا أفتاه إنسانٌ في حادِثةٍ، ثُمَّ رُفِعَتْ إلى القاضي، فقَضَى بخلافِ رَأيِ المُفْتي، فإنّه يَأخُذُ بقَضاءِ القاضي، ويَتْرُكُ رَأيَ المُفْتي؛ لأن رَأيَ المُفْتي يَصيرُ مَتْروكًا بقَضاءِ القاضي، فما ظَنُّكَ بالمُقَلِّدِ؟ ولم يَذْكُرِ القُدوريُّ - رحمه الله - الخلافَ في هذا الفصلِ، وذَكَرَه شيخُنا - رحمه الله - وسَنَنْظُرُ فيه فيما يَأتي إنْ شاء اللّه تعالى.

وعلى هذا يخرُجُ القضاءُ بالبيِّنةِ؛ لأنّ البيِّنةَ العادِلةَ مُظْهِرةٌ للمُدَّعي [١]، فكان القضاءُ بها قضاءً بالحقِّ، وعلى هذا يخرُجُ القضاءُ بالإقرارِ؛ لأنّ الإنسانَ لا يُقِرُّ على نفسِه كاذِبًا، هذا هو الظّاهرُ، فكان القضاءُ به قضاءً بالحقِّ [٢]، وكذا القضاءُ بالنُّكولِ عندنا، [فيما يُقْضَى فيه بالنُّكولِ] [٣]؛ لأنّ النُّكولَ على أصلِ أصحابِنا بَذْلٌ أو إقرارٌ، وكُلُّ ذلك دليلُ صِدْقِ المُدَّعي في دعواه؛ (لِما عُلِمَ) [٤]، فكان القضاءُ بالنُّكولِ قضاءً بالحقِّ، وعلى هذا يخرُجُ قضاءُ القاضي بعِلْمِ نفسِه، في الجُمْلةِ، (فنقولُ:

تفصيلُ) [٥] الكَلام فيه أنّه لا يخلو إمّا أنْ قضى بعِلْمٍ استَفادَه في زَمَنِ القضاءِ ومكانِه، وهو الموضِعُ الذي قُلِّدَ قضاءَه، وإمّا أنْ قضى بعِلْمٍ استَفادَه قبل زَمانِ القضاءِ، وفي غيرِ مكانِه، وإمّا أنْ قضى بعِلْمٍ استَفادَه بعدَ زَمانِ القضاءِ، في غيرِ مكانِه، فإنْ قضى بعِلْمٍ استَفادَه في زَمَنِ القضاءِ، وفي مكانِه، بأنْ سَمِعَ رجلاً أقَرَّ لِرجلٍ بمالٍ، أو سَمِعَه (يُطَلِّقُ امرأتَه) [٦]، أو يُعْتِقُ عبدَه، أو يَقْذِفُ رجلاً، أو رَآه يَقْتُلُ إنسانًا، وهو قاضٍ في البلَدِ الذي قُلِّدَ قضاءَها، جاز قضاؤُه عندنا، ولا يجوزُ قضاؤُه به في الحُدودِ الخالصةِ، بلا خلافٍ بينَ أصحابِنا، إلاّ أنّ في السّرقةِ يَقْضي [٤/ ١٠١ب] بالمالِ (لا بالقَطْعِ) [٧] [٨].

وللشّافعي فيه قولانِ: في قولٍ: لا يجوزُ له أنْ يَقْضيَ به في الكُلِّ. وفي قولٍ: يجوزُ في الكُلِّ [٩].

---

(١) في المخطوط: «للمدعى».
(٢) في المخطوط: «بالظاهر».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «على ما عرف».
(٥) في المخطوط: «وتفاصيل».
(٦) في المخطوط: «تطلق امرأته».
(٧) في المخطوط: «دون القطع».
(٨) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٣٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ٣٧٠، ٣٧١)، رد المحتار (٥/ ٢٣)، ملتقى الأبحر (٢/ ٧٥).
(٩) ومذهب الشافعية أن للقاضي أن يحكم بعلمه في حقوق الآدميين سواء علم ذلك قبل التولية أم بعدها،

(وجه) **قولِه الأوّلِ**: أنّ القاضيَ مَأمورٌ بالقضاءِ بالبيِّنةِ، ولو جاز له القضاءُ بعِلْمِه، لم يَبْقَ مَأمورًا بالقضاءِ بالبيِّنةِ، وهذا المعنى لا يَفْصِلُ بينَ الحُدودِ وغيرِها.

وجه **قولِه الثاني**: أنّ المقصودَ من البيِّنةِ العِلْمُ بحُكْمِ الحادِثةِ، وقد عُلِمَ، وهذا لا يوجِبُ الفصلَ بينَ (الحُدودِ وغيرِها) [١]، لأنّ عِلْمَه لا يختَلِفُ.

ولَنا أنّه جاز له القضاءُ بالبيِّنةِ، فيجوزُ [القضاءُ] [٢] بعِلْمِه بطريقِ [٣] الأولى؛ وهذا لأنّ المقصودَ من البيِّنةِ ليس عَيْنُها، بل حُصولُ العِلْمِ بحُكْمِ الحادِثةِ، وعِلْمُه الحاصِلُ بالمُعايَنةِ، أقوَى من عِلْمِه الحاصِلِ بالشَّهادةِ؛ لأنّ الحاصِلَ بالشَّهادةِ عِلْمُ غالِبِ الرَّأيِ وأكثرُ الظَّنِّ، والحاصِلُ بالحِسِّ والمُشاهَدةِ عِلْمُ القَطْعِ واليَقينِ، فكان هذا أقوَى، فكان القضاءُ به أولى، إلاّ أنّه لا يَقْضي به في الحُدودِ الخالصةِ؛ لأنّ الحُدودَ يُحْتاطُ في درْئِها، وليس من الاحتياطِ فيها الاكتِفاءُ بعِلْمِ نفسِه؛ ولأنّ الحُجّةَ في وضعِ الشرعِ، هي البيِّنةُ التي تَتَكلَّمُ بها، ومعنى البيِّنةِ وإنْ وُجِدَ، فقد فاتَتْ صورَتُها، وفَواتُ الصّورةِ يورِثُ شُبْهةً [٤]، والحُدودُ تُدْرأُ بالشُّبُهاتِ، بخلافِ القِصاصِ فإنّه حَقُّ العبدِ، وحُقوقُ العِبادِ لا يُحْتاطُ في إسقاطِها، وكذا [٥] حَدُّ القَذْفِ؛ لأنّ فيه حَقَّ العبدِ، وكِلاهما لا يَسْقُطانِ بشُبْهةِ [٦] فواتِ الصّورةِ.

هذا إذا قضى بعِلْمٍ استَفادَه في زَمَنِ [٧] القضاءِ ومكانِه، فأمّا إذا قضى بعِلْمٍ استَفادَه في غيرِ زَمَنِ [٨] القضاءِ ومكانِه، أو في زَمانِ القضاءِ في غيرِ مكانِه، وذلك قبل أنْ يصلَ إلى البلَدِ، الذي ولي [٩] قضاءَه، فإنّه لا يجوزُ عند [١٠] أبي حنيفةَ أصلًا، وعندهما [١١] يجوزُ فيما سِوَى الحُدودِ الخالصةِ، فأمّا [١٢] في الحُدودِ الخالصةِ فلا يجوزُ.

أما في حقوق الله تعالى فليس له أن يقضي فيها بعلمه. انظر: روضة الطالبين (١١/١٥٦)، الغاية القصوى (٢/١٠١١)، المنهاج (ص ١٤٩).

(١) في المخطوط: «الحد وغيره».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «من طريق».
(٤) في المخطوط: «الشبهة».
(٥) في المخطوط: «وبخلاف».
(٦) زاد في المخطوط: «من حيث».
(٧) في المخطوط: «زمان».
(٨) في المخطوط: «زمان».
(٩) في المخطوط: «تولى».
(١٠) في المخطوط: «في قول».
(١١) في المخطوط: «وفي قول أبي يوسف ومحمد».
(١٢) في المخطوط: «وأما».

وجه قولِهما: أنّه لَمّا جاز له أنْ يَقْضيَ بالعِلْمِ المُسْتَفادِ في زَمَنِ القضاءِ، جاز له أنْ يَقْضيَ (بالعِلْمِ المُسْتَفادِ قبل زَمَنِ)[1] القضاءِ؛ لأنّ العِلْمَ في الحالينِ على حَدٍّ[2] واحدٍ، إلاّ أنّ ههنا استَدامَ العِلْمُ الذي كان له قبل القضاءِ، بتجَدُّدِ أمثالِه، وهناك حَدَثَ له عِلْمٌ لم يكنْ، وهما سواءٌ في المعنى، إلاّ أنّه لم يَقْضِ [به][3] في الحُدودِ الخالصةِ؛ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهةِ فيه باعتِبارِ التُّهْمةِ، والشُّبْهةُ تُؤَثِّرُ في الحُدودِ الخالصةِ، ولا تُؤَثِّرُ في حُقوقِ العِبادِ على ما مَرَّ[4].

ولأبي حنيفةَ رحمه الله الفرْقُ بينَ العِلْمَيْنِ، وهو أنّ العِلْمَ الحادِثَ له في زَمَنِ القضاءِ عِلْمٌ في وقتٍ هو مُكَلَّفٌ فيه بالقضاءِ، فأشبَهَ البيِّنةَ القائمةَ فيه، والعِلْمُ الحاصِلُ في غيرِ زَمانِ القضاءِ عِلْمٌ في وقتٍ هو غيرُ مُكَلَّفٍ فيه بالقضاءِ، فأشبَهَ البيِّنةَ القائمةَ فيه؛ وهذا لأنّ الأصلَ في صِحّةِ القضاءِ هو البيِّنةُ، إلاّ أنّ غيرَها قد يَلْحَقُ بها؛ إذا كان في معناها، والعِلْمُ الحادِثُ في زَمانِ القضاءِ - في معنى البيِّنةِ - يكونُ[5] حادِثًا في وقتٍ[6] هو مُكَلَّفٌ بالقضاءِ، فكان في معنى البيِّنةِ، والحاصِلُ قبل زَمانِ القضاءِ، أو قبل الوُصولِ إلى مكانِه، حاصِلٌ في وقتٍ هو غيرُ مُكَلَّفٍ بالقضاءِ، فلم يكنْ في معنى البيِّنةِ، فلم يجُزِ القضاءُ به، فهو الفرْقُ بينَ العِلْمَيْنِ والله أعلم.

وَعلى هذا يخرُجُ القضاءُ بكتابِ القاضي، فنقولُ[7]: لِقَبولِ الكتابِ من القاضي شرائطُ.

منها: البيِّنةُ على أنّه كتابُه، فتَشْهَدُ[8] الشُّهودُ على أنّ هذا كتابُ فُلانٍ القاضي، ويَذْكُروا اسمَه ونَسَبَه؛ لأنّه لا يُعْرَفُ أنّه كتابُه بدونِه.

ومنها: أنْ يكونَ الكتابُ مَخْتومًا، ويَشْهَدوا على أنّ هذا خَتْمُه؛ لِصيانَتِه عن الخلَلِ فيه.

ومنها: أنْ يَشْهَدوا بما في الكتابِ[9]، بأنْ يقولوا: إنّه قَرأه عليهم[10] مع الشَّهادةِ

---

(١) في المخطوط: «بالمستفاد في زمان».
(٢) في المخطوط: «نمط».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ذكرنا».
(٥) في المخطوط: «لكونه».
(٦) في المخطوط: «زمان».
(٧) في المخطوط: «لكن».
(٨) في المخطوط: «وشهد».
(٩) في المخطوط: «كتابه».
(١٠) في المخطوط: «عليه».

بالختْمِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ - رحمهما الله.

وقال ابو يوسف - رحمه الله -: إذا شَهِدوا بالكتابِ والخاتَمِ تُقْبَلُ، وإنْ لم يَشْهَدوا بما في الكتابِ، وكذا إذا شَهِدوا بالكتابِ وبِما في جَوْفِه تُقْبَلُ، وإنْ لم يَشْهَدوا بالخاتَمِ، بأنْ قالوا: لم يُشْهِدْنا على الخاتَمِ، أو لم يكنِ [الكتابُ] (١) مَخْتومًا أصلاً، لأبي يوسفَ: أنّ المقصودَ من هذه الشَّهادةِ حُصولُ العِلْمِ للقاضي المَكْتوبِ إليه، بأنّ هذا كتابُ فُلانٍ القاضي، وهذا يحصُلُ بما ذَكَرْنا.

ولهما: أنّ العِلْمَ بأنّه كتابُ فُلانٍ، لا يحصُلُ إلاّ بالعِلْمِ بما (فيه، ولا بُدَّ) (٢) من الشَّهادةِ بما فيه؛ لِتكونَ شهادَتُهم على عِلْمٍ بالمشهودِ به.

ومنها: أنْ يكونَ بينَ القاضي المَكْتوبِ إليه، وبينَ القاضي الكاتِبِ مَسيرةُ سفَرٍ، فإنْ كان دونَه لم تُقْبل؛ لأنّ القضاءَ بكتابِ القاضي [٤/ ١٠٢أ] أمرٌ جوِّزَ لِحاجةِ النّاس بطريقِ الرُّخْصةِ؛ لأنّه قضاءٌ بالشَّهادةِ القائمةِ على غائبٍ، من غيرِ أنْ يكونَ عنده خَصْمٍ حاضِرٍ، لكنْ جوِّزَ لِلضَّرورةِ (٣)، ولا ضرورةَ فيما دونَ مَسيرةِ (٤) السَّفَرِ.

ومنها: أنْ يكونَ في الدَّيْنِ والعيْنِ - التي لا حاجةَ إلى الإشارةِ إليها عند الدَّعْوَى والشَّهادةِ، كالدّورِ والعقارِ.

وأمّا في الأعيانِ التي تقعُ الحاجةُ إلى الإشارةِ إليها، كالمَنْقولِ من الحيَوانِ والعُروضِ، لا تُقْبَلُ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - وهو قولُ أبي يوسفَ الأوّلُ - رحمه الله - ثمّ رجع وقال: تُقْبَلُ في العبدِ خاصّةً إذا أبَقَ، وأُخِذَ (٥) في بَلَدٍ، فأقام صاحبُه البيِّنةَ عند قاضي بَلَدِه أنّ عبدَه أخذه فُلانٌ في بَلَدِ كذا، فشَهِدَ الشُّهودُ على المِلْكِ، أو على صِفةِ العبدِ وحِلْيَتِه، فإنّه يَكْتُبُ إلى قاضي البلَدِ الذي العبدُ فيه، أنّه (٦) قد شَهِدَ الشُّهودُ عندي، (أنّ عبدًا) (٧) صِفَتُه وحِلْيَتُه كذا وكذا مِلْكُ فُلانٍ [بن فلان] (٨)، أخذه فُلانُ بنُ فُلانٍ. يَنْسِبُ كُلَّ واحدٍ منهما إلى أبيه وإلى جَدِّه، على رَسْمِ كتابِ القاضي إلى القاضي، وإذا

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «في الكتاب فلا بد».
(٣) في المخطوط: «لمكان الضرورة».
(٤) في المخطوط: «مدة».
(٥) في المخطوط: «فأخذ».
(٦) في المخطوط: «أن».
(٧) في المخطوط: «صفته».
(٨) زيادة من المخطوط.

وصَلَ إلى القاضي المَكْتوبِ إليه، وعَلِمَ أنّه كتابُه بشهادةِ الشُّهودِ، يُسَلِّمُ [١] العبدَ إليه، ويختِمُ في عُنُقِه، ويأخذُ منه كفيلاً، ثُمّ يَبْعَثُ به إلى القاضي الكاتِبِ، حتّى يَشْهَدَ الشُّهودُ عليه عنده بعَيْنِه على الإشارةِ إليه، ثُمّ يَكْتُبُ القاضي الكاتِبُ له، كتابًا آخرَ إلى [٢] ذلك [القاضي] [٣] المَكْتوبِ إليه أوّلَ مَرّةٍ، فإذا عَلِمَ أنّه كتابُه قَبِلَه وقضى [به] [٤]، وسَلَّمَ العبدَ إلى الذي جاءَ بالكتابِ، وأبرأ كفيلَه، ولا يُقْبَلُ في الجاريةِ بالإجماعِ.

وجه قولِ أبي يوسفَ - رحمه الله -: أنّ الحاجةَ إلى قَبولِ كتابِ القاضي في العبدِ مُتَحَقِّقةٌ؛ لِعُمومِ البلوَى به، فلو لم يُقْبل؛ لَضاقَ الأمرُ على النّاس؛ ولَضاعَتْ أموالُهم [٥]، ولا حاجةَ إليه في الأمةِ؛ لأنّها لا تَهْرَبُ عادةً (لِعَجْزِها، وضَعْفِ) [٦] بنيَتِها وقَلْبِها.

ولهما أنّ الشَّهادةَ لا تُقْبَلُ إلاّ على معلومٍ؛ (للآيةِ الكَريمةِ) [٧]: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف:٨٦] والمَنْقولُ لا يَصيرُ معلومًا إلاّ بالإشارةِ إليه، والإشارةُ إلى الغائبِ مُحالٌ، فلم تَصِحَّ شهادةُ الشُّهودِ، ولا دعوى المُدَّعي؛ لِجَهالةِ المُدَّعى فلا يُقْبَلُ الكتابُ فيه، ولهذا لم يُقْبَل في الجاريةِ، وفي سائرِ المَنْقولاتِ بخلافِ العقارِ؛ لأنّه يَصيرُ معلومًا بالتّحْديدِ وبخلافِ الدَّيْنِ؛ لأنّ الدَّيْنَ يَصيرُ معلومًا بالوصْفِ، وهذا الذي ذَكَرْنا مذهَبُ أصحابِنا رضي الله عنهم.

وقال ابنُ أبي ليلى - رحمه الله -: يُقْبَلُ كتابُ القاضي إلى القاضي في الكُلِّ، وقُضاةُ زَمانِنا يعملونَ بمذهَبِه؛ لِحاجةِ النّاس، ويَنْبَغي للقاضي المُرْسَلِ [٨] إليه، أنْ لا يَفُكَّ الكتابَ [٩] إلاّ بمَحْضرٍ من الخصْمِ؛ ليكونَ أبعَدَ من [١٠] التُّهْمةِ والله أعلم.

ومنها: أنْ لا يكونَ في الحُدودِ والقِصاصِ؛ لأنّ كتابَ القاضي إلى القاضي بمنزلةِ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ، وأنّها [١١] لا تُقْبَلُ فيهما [١٢]، كذا هذا.

---

(١) في المخطوط: «وسلم».
(٢) في المخطوط: «على».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «حقوقهم».
(٦) في المخطوط: «لضعف».
(٧) في المخطوط: «قال الله تعالى».
(٨) في المخطوط: «المكتوب».
(٩) في المخطوط: «الختم».
(١٠) في المخطوط: «عن».
(١١) في ا المطبوع: «وأنه».
(١٢) في المخطوط: «في الحدود والقصاص».

ومنها: أنْ يكونَ اسمُ المَكْتوبِ له وعليه، واسمُ أبيه وجَدِّه وفَخِذِه مَكْتوبًا في الكتابِ، حتّى لو نَسَبَه إلى (أبيه ولم يَذْكرِ اسمَ جَدِّه) (١)، أو نَسَبَه إلى قَبيلةٍ (٢)، كبَني تَميمٍ ونحوِه لا يُقْبَلُ؛ لأنّ التّعريفَ لا يحصُلُ به، إلاّ وأنْ يكونَ شيئًا ظاهرًا مشهورًا، أشهَرَ (٣) من القَبيلةِ فيُقْبَلُ؛ لِحُصولِ التّعريفِ.

ومنها: ذكرُ الحُدودِ في الدّورِ والعقارِ؛ لأنّ التّعريفَ في المَحْدودِ لا يصحُّ إلاّ بذكرِ الحدِّ.

ولو ذكر في الكتابِ ثلاثةَ حُدودٍ، يُقْبَلُ عند أصحابِنا الثّلاثةِ.

وعند زُفَرَ - رحمه الله - لا يُقْبَلُ ما لم يَشْهَدوا على الحُدودِ الأربعةِ، ولو شَهِدوا على حَدَّيْنِ لا تُقْبَلُ بالإجماعِ، وإذا كانت الدّارُ مشهورةً كدارِ الأميرِ وغيرِه، لا تُقْبَلُ عند أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - وعندهما (٤) تُقْبَلُ وهذه من مَسائلِ الشُّروطِ.

ومنها: أنْ يكونَ القاضي الكاتِبُ على قضائه، عند وُصولِ كتابِه إلى القاضي المَكْتوبِ إليه، حتّى لو مات أو عُزِلَ قبل الوُصولِ إليه لم يُعْمَلْ به، ولو مات بعدَ وُصولِ الكتابِ إليه جاز له أنْ يَقْضيَ [به] (٥).

ومنها: أنْ يكونَ القاضي المَكْتوبُ إليه على قضائه، حتّى لو مات أو عُزِلَ قبل وُصولِ الكتابِ إليه، ثُمّ وصَلَ إلى القاضي الذي وليَ مكانه، لم يُعْمَلْ به؛ لأنّه لم يَكْتُبْ إليه، واللّه تعالى أعلمُ.

ومنها: أنْ يكونَ القاضي الكاتِبُ من أهلِ العدْلِ. فإنْ كان من أهلِ البغْيِ، لم يعملْ به قاضي أهلِ العدْلِ، بل يَرُدُّه كبْتًا وغَيْظًا لهم.

ومنها: أنْ يكونَ لِلّه سبحانه وتعالى خالصًا؛ لأنّ القضاءَ عِبادةٌ، والعِبادةُ إخْلاصُ العمَلِ بكُلّيّتِه لِلّه عزّ وجلّ، فلا يجوزُ قضاؤه لِنفسِه، ولا لِمَنْ لا تُقْبَلُ شهادَتُه له؛ لأنّ القضاءَ له قضاءٌ لِنفسِه من وجهٍ، فلم يخلُصْ لِلّه [٤/ ١٠٢ب] سبحانه وتعالى.

وكذا إذا قضى في حادِثةٍ برِشْوةٍ، لا يَنْفُذُ قضاؤه في تلك الحادِثةِ، وإنْ قضى بالحقِّ (٦)

---

(١) في المخطوط: «أمه أو لم يذكر جده».
(٢) في المخطوط: «قبيلته».
(٣) في المخطوط: «اشتهر».
(٤) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «بحق أعني».

الثّابِتِ عند اللَّه جَلَّ وعَلا من حُكْمِ الحادِثةِ؛ لأنّه إذا أخذ على القضاءِ رِشْوةً؛ فقد قضى لِنفسِه لا لِلَّه عَزَّ اسمُه، فلم يصحَّ والله أعلم.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقضيِّ له فأنواعٌ، منها: أنْ يكونَ مِمَّنْ تُقْبَلُ شهادَتُه للقاضي، فإنْ كان مِمَّنْ لا تُقْبَلُ شهادَتُه له لا يجوزُ قضاءُ القاضي له؛ لِما قُلْنا واللَّه تعالى الموَفِّقُ.

ومنها: أنْ يكونَ حاضِرًا وقتَ القضاءِ، فإنْ كان غائبًا لم يجُزِ القضاءُ له، إلاّ إذا كان عنه خَصْمٌ حاضِرٌ؛ لأنّ القضاءَ على الغائبِ كما لا يجوزُ، فالقضاءُ للغائبِ أيضًا لا يجوزُ.

ومنها: طَلَبُ القضاءِ من القاضي في حُقوقِ العِبادِ؛ لأنّ القضاءَ وسيلةٌ إلى حَقِّه، فكان حَقُّه وحَقُّ الإنسانِ لا [(١)] يُسْتَوْفَى إلاّ بطَلَبِه.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقضيِّ عليه فحَضْرَتُه حتّى لا يجوزَ القضاءُ على الغائبِ، إذا لم يكنْ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ، وهذا عندنا، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - ليس بشرطٍ، والمسألةُ ذُكِرَتْ في كتابِ الدَّعْوَى، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

فصل [في آداب القضاء]

وأمّا آدابُ القضاءِ فكَثيرةٌ، والأصلُ فيها كتابُ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه إلى أبي موسَى الأشعَرِيِّ رضي الله عنه سَمّاه محمّدٌ رحمه الله كتابَ السّياسةِ، وفيه: «**أمّا بعدُ، فإنّ القضاءَ فريضةٌ مُحْكَمةٌ، وسُنّةٌ مُتَّبَعةٌ، فافهَمْ إذا أُدْلِيَ إليك فإنّه لا يَنْفَعُ تَكَلُّمٌ بحَقٍّ لا نَفاذَ له، آسِ بينَ النّاس في وجهَك ومجلِسِك وعَدْلِك، حتّى لا يَطْمع شريفٌ في حَيْفِك، ولا يَيْأسَ ضَعيفٌ من عَدْلِك.**

وفي روايةٍ: ولا يَخافُ ضَعيفٌ جَوْرَك - البيِّنةُ على المُدَّعي واليَمينُ على مَنْ أنْكَرَ، الصُّلْحُ جائزٌ بينَ المسلمينَ؛ إلاّ صُلْحًا أحَلَّ حَرامًا أو حَرَّمَ حَلالاً، ولا يمنعُك قضاءٌ قضيْتَه بالأمسِ راجَعْتَ فيه نفسَك، وهُديتَ فيه لِرُشْدِك أنْ تُراجعَ الحقَّ، فإنّ الحقَّ قَديمٌ لا يَبْطُلُ، ومُراجَعةُ الحقِّ خَيْرٌ من التّمادي في الباطِلِ، الفهْمَ الفهْمَ فيما [(٢)] يختَلِجُ في صَدْرِك، مِمّا لم يَبْلُغْك في القُرْآنِ العظيمِ والسُّنّةِ، ثُمّ اعرفِ الأمثالَ والأشباهَ، وقِسِ

---

(١) في المخطوط: «إنما».
(٢) في المخطوط: «مما».

الأُمورَ عند ذلك، فاعمَدْ إلى أحَبِّها، وأقرَبِها إلى اللَّه تَبارَك وتعالى، وأشبَهِها بالحقِّ، اجعَلْ للمُدَّعي أمَدًا يَنْتَهي إليه، فإذا أحضرَ بَيِّنَةً أُخِذَ بحَقِّه، وإلاّ وجَبَ القضاءُ عليه - وفي روايةٍ: وإنْ عَجزَ عنها استَحْلَلْتَ عليه القضاءَ - فإنّ ذلك أبلَغُ في العُذْرِ وأجلى للعَمَى، المسلمونَ عُدولٌ بعضُهم على بعضٍ، إلاّ مَحْدودًا في قَذْفٍ، أو ظَنينًا في ولاءٍ أو قَرابةٍ، أو مُجَرَّبًا عليه شهادةُ زورٍ، فإنّ اللَّهَ تعالى تَوَلّى منكُم السِّرَّ - وفي روايةٍ السَّرائرَ - ودرأ عنكُم بالبيِّناتِ، إيّاك والغضَبَ والقَلَقَ والضَّجَرَ والتّأذّي بالنّاس والتنكير للخُصوم في مَواطِنِ الحقِّ، الذي يوجِبُ اللَّه سبحانه وتعالى به الأجرَ، ويُحْسِنُ به الذُّخرَ [١]، وأنّ مَنْ يُخْلِصُ نيَّتَه فيما بينَه وبينَ اللَّه تعالى - ولو على نفسِه في الحقِّ - يَكْفِه اللَّه تعالى فيما [٢] بينَه وبينَ النّاس، ومَنْ يتزَيَّنْ لِلنّاس بما يَعْلَمُ اللَّه منه خلافَه؛ شانَه اللَّه عزّ وجلّ، [فإنّه سبحانه وتعالى لا يَقْبَلُ من العِبادةِ إلاّ ما كان خالصًا، فما ظَنُّك بثَوابٍ عن اللَّه سبحانه وتعالى] [٣]، من [٤] عاجلِ رِزْقِه وخَزائنِ رَحْمَتِه، والسَّلامُ».

ومنها: أنْ يكونَ القاضي فهِمًا عند الخُصومةِ، فيجعلُ فهْمَه وسَمْعَه وقَلْبَه إلى كلامِ الخصْمَيْنِ؛ لِقولِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه في كتابِ السِّياسةِ: فافهَمْ إذا أدليَ إليك؛ ولأنّ من الجائزِ أنْ يكونَ الحقُّ مع أحدِ الخصْمَيْنِ، فإذا لم يَفْهَم القاضي كلامَهما؛ يَضيعُ الحقُّ، وذلك قولُه رضي الله عنه: فإنّه لا يَنْفَعُ تكَلُّمٌ بحَقٍّ لا نَفاذَ له.

ومنها: أنْ لا يكونَ قَلِقًا وقتَ القضاءِ؛ لِقولِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه: إيّاك والقَلَقَ. وهذا نَدْبٌ إلى السُّكونِ والتَّثْبيتِ [٥].

ومنها: أنْ لا يكونَ ضَجِرًا عند القضاءِ؛ إذا اجتَمع عليه الأُمورُ فضاقَ صَدْرُه؛ لِقولِه رضي الله عنه: إيّاك والضَّجَرَ.

ومنها: أنْ لا يكونَ غَضْبانَ وقتَ القضاءِ؛ لِقولِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه: إيّاك والغضَبَ، وقالَ ﷺ: «لَا يَقْضِي القَاضِي وهُوَ غَضْبَانُ» [٦]؛ (ولأنّه يُدْهِشُه عن التّأمُّلِ.

(١) في المخطوط: «الزجر». (٢) في المخطوط: «ما».
(٣) ليست في المخطوط. (٤) في المخطوط: «في».
(٥) في المخطوط: «والتثبت».
(٦) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب: هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان، برقم (٧١٥٨)، ومسلم، كتاب الأقضية، باب: كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، برقم (١٧١٧)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ومنها: أنْ لا يكونَ جائعًا) [١] ولا عَطْشانَ ولا مُمْتَلِئًا؛ لأنّ هذه العوارضَ من القَلَقِ، والضَّجَرِ والغضَبِ، والجوعِ والعطَشِ والامتِلاءِ، مِمّا يَشْغَلُه عن الحقِّ.

ومنها: أنْ لا يَقْضيَ وهو يَمْشي على الأرضِ، أو يَسيرُ على الدّابّةِ؛ لأنّ المشيَ والسَّيْرَ يَشْغَلانِه عن النّظَرِ والتّأمُّلِ في كلامِ الخصْمَيْنِ، ولا بَأسَ بأنْ يَقْضيَ وهو مُتَّكِئٌ؛ لأنّ الاتّكاءَ لا يَقْدَحُ في التّأمُّلِ والنّظَرِ.

ومنها: أنْ يُسَوّيَ بينَ الخصْمَيْنِ في الجُلوسِ، فيُجْلِسُهما بينَ يَدَيْه لا عن يَمينِه ولا عن يَسارِه؛ لأنّه لو فعَلَ ذلك؛ فقد قَرَّبَ أحدَهما في [٢] مجلِسِه، وكذا لا يُجْلِسُ أحدَهما عن يَمينِه والآخرَ عن يَسارِه؛ لأنّ لليَمينِ فضْلاً على اليَسارِ، وقد رويَ أنّ عُمَرَ وأُبَيَّ بنَ كعْبٍ رضي الله عنهما اختَصَما في حادِثةٍ إلى زَيْدِ بنِ ثابتٍ [٤/ ١٠٣أ]، فألقَى لِسَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه وِسادةً، فقال سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه: هذا أوّلُ جَوْرِك، وجَلَسَ بينَ يَدَيْه [٣].

ومنها: أنْ يُسَوّيَ بينَهما في النّظَرِ، والنُّطْقِ والخلْوةِ، فلا يَنْطَلِقُ بوجهِه إلى أحدِهما، ولا يُسارُّ أحدَهما، ولا يومِئُ إلى أحدِهما بشيءٍ دونَ خَصْمِه، ولا يَرْفَعُ صَوْتَه على أحدِهما ولا يُكَلِّمُ أحدَهما بِلِسانٍ لا يَعْرِفُه الآخرُ، ولا يخلو بأحدٍ في منزِلِه، ولا يُضَيِّفُ أحدَهما، فيَعْدِلُ بينَ الخصْمَيْنِ في هذا كُلِّه؛ لِما في تَرْكِ العدْلِ فيه من كسْرِ قَلْبِ الآخرِ، ويُتَّهَمُ القاضي به أيضًا.

ومنها: أنْ لا يَقْبَلَ الهَديّةَ من أحدِهما، إلاّ إذا كان لا يَلْحَقُه به تُهْمةٌ. وجُمْلةُ الكَلامِ فيه: أنّ المُهْدي لا يخلو إمّا أنْ يكونَ رجلاً كان يُهْدي إليه قبل تقليدِ القضاءِ، وإمّا أنْ كان لا يُهْدي إليه، فإنْ كان لا يُهْدي إليه، فإمّا أنْ كان قريبًا له أو [٤] أجنبيًّا، فإنْ كان قَريبًا له يُنْظَرُ إنْ كان له خُصومةٌ في الحالِ، فإنّه لا يَقْبَلُ؛ لأنّه يَلْحَقُه التُّهْمةُ، وإنْ كان لا خُصومةَ له في الحالِ يَقْبَلُ؛ لأنّه لا تُهْمةَ فيه، وإنْ كان أجنبيًّا لا يَقْبَلُ، سواءٌ كان له خُصومةٌ في

---

(١) في المخطوط: «ومنها أن لا يكون خائفًا».
(٢) في المخطوط: «من».
(٣) أخرجه ابن الجعد في مسنده (١/ ٢٦٠)، برقم (١٧٢٨)، وأورده القرطبي في التفسير (١٥/ ١٩٠).
(٤) في المخطوط: «وإما أن كان».

الحالِ، أو لا؛ لأنّه إنْ كان له خُصومةٌ في الحالِ، كان بمعنى الرّشْوةِ، وإنْ لم يكنْ؛ فرُبّما يكونُ له خُصومةٌ في الحالِ يأتي بعدَ ذلك، فلا يَقْبَلُ ولو قَبِلَ يكونُ لِبيتِ المالِ.

هذا إذا كان الرّجلُ لا يُهْدي إليه قبل تقليدِ القضاءِ، فأمّا إذا كان يُهْدي إليه، فإنْ كان له في الحالِ خُصومةٌ لا تُقْبَلُ؛ لأنّه يُتّهَمُ فيه. وإنْ كان لا خُصومةَ له في الحالِ، يُنْظَرُ (إنْ كان)[1] أهدَى مثلَ ما كان يُهْدي أو أقَلَّ يَقْبَلُ؛ لأنّه لا تُهْمةَ فيه، وإنْ كان أكثرَ من ذلك يَرُدُّ الزّيادةَ عليه، وإنْ قَبِلَ كان لِبيتِ المالِ، وإنْ لم يَقْبل للحالِ حتّى انقضتِ الخُصومةُ[2] ثُمّ قَبِلَها، لا بَأسَ به.

ومنها: أنْ لا يُجيبَ الدَّعْوةَ الخاصّةَ، بأنْ كانوا خمسةً أو عشرةً؛ لأنّه لا يخلو من[3] التُّهْمةِ، إلاّ إذا كان صاحبُ الدَّعْوةِ مِمَّنْ كان يَتَّخِذُ له الدَّعْوةَ قبل القضاءِ، أو كان بينَه وبينَ القاضي قَرابةٌ، فلا بَأسَ بأنْ يحضُرَ إذا لم يكنْ له خُصومةٌ؛ لانعِدامِ التُّهْمةِ، فإنْ عَرَفَ القاضي له خُصومةً لم يحضُرْها.

وأمّا الدَّعْوةُ العامّةُ: فإنْ كانت بِدْعةً، كدعوةِ المُباراةِ ونحوِها؛ لا يَحِلُّ له أنْ يحضُرَها لأنّه لا يَحِلُّ لِغيرِ القاضي إجابَتُها فالقاضي أولى، وإنْ كانت سُنّةً كوَليمةِ العُرْسِ والخِتانِ، فإنّه يُجيبُها؛ لأنّه إجابةُ السُّنّةِ، ولا تُهْمةَ فيه.

ومنها: أنْ لا يُلَقِّنَ أحدَ الخصْمَيْنِ حُجَّتَه؛ لأنّ فيه مَكْسَرةَ قَلْبِ الآخرِ؛ ولأنّ فيه إعانةَ أحدِ الخصْمَيْنِ، فيوجِبُ التُّهْمةَ، غيرَ أنّه إنْ تكلَّمَ أحدُهما، أسكَتَ الآخرَ؛ ليَفْهَمَ كلامَه.

ومنها: أنْ لا يُلَقِّنَ الشّاهدَ، بل يَتْرُكُه يَشْهَدُ بما عنده، فإنْ أوجَبَ الشّرعُ قبوله قَبِلَه، وإلاّ رَدَّه، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وهو قولُ أبي يوسفَ الأوّلُ، ثُمّ رجع وقال: لا بَأسَ بتَلْقينِ الشّاهدِ بأنْ يقولَ: أتَشْهَدُ بكذا وكذا؟.

وجه قوله: أنّ من الجائزِ أنّ الشّاهدَ يَلْحَقُه الحصْرُ؛ لِمَهابةِ مجلِسِ القضاءِ، فيُعْجِزُه عن إقامةِ الحُجّةِ، فكان التّلْقينُ تقويمًا لِحُجّةٍ ثابتةٍ فلا بَأسَ به.

ولهما: أنّ القاضيَ يُتّهَمُ بتَلْقينِ الشّاهدِ فيتحَرّج[4] عنه.

---

(١) في المخطوط: «فإن».
(٢) في المخطوط: «الحكومة».
(٣) في المخطوط: «عن معنى».
(٤) في المخطوط: «فيتحرز».

ومنها: أنْ لا يَعْبَثَ بالشُّهودِ؛ لأنّ ذلك يُشَوِّشُ عليهم عُقولهم فلا يُمَكِّنُهم أداءُ الشَّهادةِ على وجهِها، وإذا اتَّهَمَ الشُّهودَ فلا بَأسَ بأنْ يُفرِّقَهم عند أداءِ الشَّهادةِ، فيَسْألَهم أينَ كان ومتى كان؟ فإنِ اختلَفوا اختلافًا يوجِبُ رَدَّ الشَّهادةِ؛ رَدَّها وإلاّ فلا.

ويَشْهَدُ القاضي الجنازةَ؛ لأنّ ذلك حَقُّ المَيِّتِ على المسلمينَ، فلم يكنْ مُتَّهَمًا في (أداءِ سُنّةٍ) [١] فيحضُرُها، إلاّ إذا اجتَمعتِ الجنائزُ على وجهٍ: لو حَضرَها كُلَّها لَشَغَلَه ذلك عن أُمورِ المسلمينَ [٢] فلا بَأسَ أنْ لا يَشْهَدَ؛ لأنّ القضاءَ فرْضُ عَيْنٍ، وصَلاةُ الجنازةِ فرْضُ كِفايةٍ، فكان إقامةُ فرْضِ العيْنِ عند تَعَذُّرِ الجمْعِ بينَهما أولى. ويَعودُ المَريضَ أيضًا؛ لأنّ ذلك حَقُّ المسلمينَ على المسلمينَ، فلا يَلْحَقُه التُّهْمةُ بإقامتِه ويُسَلِّمُ على الخُصومِ إذا دَخَلوا المَحْكَمةَ؛ لأنّ السَّلامَ من سُنّةِ الإسلامِ - (وكان شُرَيْحٌ) [٣] يُسَلِّمُ على الخُصومِ - لكنْ لا يَخُصُّ أحدَ الخصْمَيْنِ بالتّسليمِ عليه دونَ الآخرِ، وهذا قبل جُلوسِه في مجلِسِ الحُكْمِ.

فأمّا إذا جلَسَ لا يُسَلِّمُ عليهم، ولا هم يُسَلِّمونَ عليه، أمّا هو فلا يُسَلِّمُ عليهم؛ لأنّ السُّنّةَ أنْ يُسَلِّمَ القائمُ على القاعِدِ، لا القاعِدُ على القائمِ، وهو قاعِدٌ وهم قيامٌ. وأمّا هم فلا يُسَلِّمونَ عليه؛ لأنّهم لو سَلَّموا عليه لا يَلْزَمُه الرَّدُّ؛ لأنّه اشتغَلَ بأمرٍ هو أهَمُّ وأعظَمُ [٤/ ١٠٣ب] من رَدِّ السَّلامِ، فلا يَلْزَمُه الاشْتِغالُ [به] [٤].

(كذا ذكر) [٥] الفقيه أبو جَعْفَرٍ الهِنْدوانيُّ رحمه الله في رجلٍ يَقْرأُ القُرْآنَ، فدخل عليه آخرُ: أنّه لا يَنْبَغي له أنْ يُسَلِّمَ عليه، ولو سَلَّمَ عليه لا يَلْزَمُه الجوابُ.

وكذا المُدرِّسُ إذا جَلَسَ لِلتَّدْريسِ لا يَنْبَغي لأحدٍ أنْ يُسَلِّمَ عليه، ولو سَلَّمَ لا يَلْزَمُه الرَّدُّ؛ لِما قُلْنا، بخلافِ الأميرِ إذا جَلَسَ فدخل عليه النّاسُ، أنّهم يُسَلِّمونَ عليه وهو السُّنّةُ، وإنْ كان سَلاطينُ زَمانِنا يَكْرَهونَ التّسليمَ عليهم وهو خَطَأٌ منهم؛ لأنّهم جَلَسوا لِلزّيارةِ، ومن سُنّةِ الزّائرِ التّسليمُ على مَنْ دخل عليه. وأمّا القاضي فإنّما جَلَسَ للعِبادةِ لا لِلزّيارةِ، فلا يُسَنُّ التّسليمُ عليه، ولا يَلْزَمُه الجوابُ إنْ سَلَّموا، لكنْ لو أجابَ جاز.

---

(١) في المخطوط: «إقامته». (٢) في المخطوط: «الناس».
(٣) في المخطوط: «وكذا روي أن شريحًا كان».
(٤) زيادة من المخطوط. (٥) في المخطوط: «وذكر».

ومنها: أنْ يَسْأَلَ القاضي عن حالِ الشُّهودِ، فيما سِوَى الحُدودِ والقِصاصِ، وإنْ لم يَطْعن الخصْمُ، وهو من آدابِ القاضي عند أبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنّ القضاءَ بظاهرِ العدالةِ، وإنْ كان جائزًا عنده فلا شَكَّ (أنّ القضاءَ) [(١)] بالعدالةِ الحقيقيّةِ أفضَلُ. وأمّا عندهما فهو من واجباتِ القضاءِ.

وكذا إذا طَعَنَ الخصْمُ عنده في غيرِ الحُدودِ والقِصاصِ، وفي الحُدودِ والقِصاصِ طَعَنَ أو لم يَطْعن، ثُمّ القُضاةُ من [(٢)] السّلَفِ كانوا يَسْألونَ بأنْفُسِهم عن حالِ الشُّهودِ [(٣)] من أهلِ مَحَلَّتِهم [(٤)]، وأهلِ سوقِهم [(٥)]، وإنْ كان الشّاهدُ سوقيًّا مِمَّنْ [(٦)] هو أتْقى النّاس، وأورَعُهم، وأعظَمُهم أمانةً، وأعرَفُهم بأحوالِ النّاس ظاهرًا أو [(٧)] باطِنًا، والقُضاةُ في زَمانِنا نُصِبوا للعَدْلِ، تَيْسيرًا للأمرِ عليهم؛ لِما يتعَذَّرُ على القاضي طَلَبُ المُعَدِّلِ في كُلِّ شاهدٍ، فاستَحْسَنوا نَصْبَ العدْلِ [(٨)].

ثمّ [نَقولُ] [(٩)]: لِلتّعديلِ شرائطُ: بعضُها يرجعُ إلى نفسِ العدْلِ، وبعضُها يرجعُ إلى فعلِ التّعديلِ.

(أمّا الأوّلُ فأنواعٌ) [(١٠)]: منها العقلُ، ومنها البلوغُ؛ ومنها الإسلامُ، فلا يجوزُ تَعْديلُ المجنونِ والصّبيِّ والكافرِ؛ لأنّ التّزْكيةَ [إذا] [(١١)] كانت تجري مجرَى الشّهادةِ، فهَؤُلاءِ ليسوا من أهلِ الشّهادةِ، فلا يكونونَ من أهلِ التّزْكيةِ، وإنْ كانت من [بابِ] [(١٢)] الإخْبارِ عن الدّياناتِ فخَبَرُهم في الدّياناتِ غيرُ مقبولٍ؛ لأنّه لا بُدَّ فيه من العدالةِ، ولا عَدالةَ لِهَؤُلاءِ.

ومنها العدالةُ: لأنّ مَنْ لا يكونُ عَدْلاً في نفسِه كيْف [(١٣)] يَعْدِلُ غيرَه؟ وأمّا العدَدُ فليس بشرطِ الجوازِ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ لكنّه شرَطُ الفضيلةِ والكَمالِ، وعند محمّدٍ شرطُ الجوازِ.

---

(١) في المخطوط: «أنه».
(٢) في المخطوط: «في».
(٣) في المخطوط: «الشاهد».
(٤) في المخطوط: «محلته».
(٥) في المخطوط: «سوقه».
(٦) في المخطوط: «من».
(٧) في المخطوط: «و».
(٨) في المخطوط: «العدول».
(٩) ليست في المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «واما الذي يرجع إلى نفس المعدل أنواع».
(١١) زيادة من المخطوط.
(١٢) ليست في المخطوط.
(١٣) في المخطوط: «فكيف».

وجه قولِه أنّ التّزْكيةَ في معنى الشَّهادةِ؛ لأنّه خَبَرٌ عن أمرٍ غابَ [١] عن عِلْمِ القاضي، وهذا معنى الشَّهادةِ، فيُشترَطُ لها نِصابُ الشَّهادةِ، ولهما أنّ التّزْكيةَ ليستْ بشهادةٍ، بدليلِ أنّه لا يُشترَطُ (فيه لَفْظُ) [٢] الشَّهادةِ، فلا يَلْزَمُ فيها العدَدُ، على أنّ شرطَ العدَدِ في الشَّهاداتِ ثَبَتَ نَصًّا غيرَ معقولِ المعنى فيما يُشترَطُ فيه لَفْظُ الشَّهادةِ، فلا يَلْزَمُ مُراعاةُ العدَدِ فيما وراءه، وعلى هذا الخلافِ: العدَدُ في التُّرْجُمانِ، وحامِلِ المَنْشورِ [٣]، أنّه ليس بشرطٍ عندهما، وعنده شرطٌ.

وعلى هذا الخلافِ: حُرّيّةُ المُعَدِّلِ، وبَصَرُه، وسَلامَتُه عن حَدِّ القَذْفِ، أنّه ليس بشرطٍ عندهما، فتَصِحُّ تَزْكيةُ الأعمَى، والعبدِ، والمَحْدودِ في القَذْفِ، وعند محمّدٍ شرطٌ، فلا تَصِحُّ تَزْكيَتُهم؛ لأنّ التّزْكيةَ شهادةٌ عنده، فيُشترَطُ لها ما يُشترَطُ لِسائرِ الشَّهاداتِ، وعندهما ليستْ بشهادةٍ، فلا يُراعَى فيها شرائطُ الشَّهادةِ؛ لِما قُلْنا.

وأمّا الذُّكورةُ فليستْ بشرطٍ لِجوازِ [٤] التّزْكيةِ، فتجوزُ تَزْكيةُ المرأةِ إذا كانت برزة [٥] تخرُجُ لِحَوائجِها، وتُخالطُ النّاسَ فتَعْرِفُ أحوالَهم، وهذا ظاهرُ (الرّوايةِ على أصلِها) [٦]؛ لأنّ هذا من بابِ الإخْبارِ عن الدّياناتِ، وهي من أهلِه [٧].

وأمّا عند محمّدٍ فتُقْبَلُ تَزْكيَتُها فيما تُقبَلُ شهادَتُها، (فتَصِحُّ تَزْكيَتُها) [٨] فيما يُقْبَلُ فيه شهادةُ رجلٍ وامرأتَيْنِ والله أعلم.

وتجوزُ تَزْكيةُ الولدِ للوالِدِ، والوالِدِ للولدِ، وكُلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه؛ لأنّه لا حَقَّ للعَدْلِ في التّعديلِ، إنّما هو حَقُّ المُدَّعي فلا يوجِبُ تُهْمةً فيه، وهذا يُشْكِلُ [٩] على أصلِ محمّدٍ؛ لأنّه يُجْري التّعديلَ مجرَى الشَّهادةِ، وشهادةُ الوالِدِ لِولدِه وعَكْسُه [١٠] لا تُقْبَلُ.

ومنها أنْ لا يكونَ المُزَكَّى مشهودًا عليه، فإنْ كان لم تُعْتَبَرْ تَزْكيَتُه، ويجبُ السُّؤالُ، وهذا تفريعٌ على مذهَبِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ، فيما سِوَى الحُدودِ والقِصاصِ، بناءً على أنّ

---

(١) في المخطوط: «ناب».
(٢) في المخطوط: «فيها لفظة».
(٣) في المخطوط: «المهر».
(٤) في المخطوط: «لصحة».
(٥) في المطبوع: «امرأة».
(٦) في المخطوط: «على أصلهما».
(٧) في المخطوط: «أهل ذلك».
(٨) في المخطوط: «فيصح تزكية رجل وامرأتين».
(٩) في المخطوط: «مشكل».
(١٠) في المخطوط: «والولد للوالد».

المسألةَ ما وجَبَتْ حَقًّا للمشهودِ عليه عندهما، وإنّما وجَبَتْ حَقًّا لِلشّرعِ. وحَقُّ الشّرعِ لا يتأدّى بتَعْديلِه؛ لأنّ في زَعْمِ المُدَّعي والشُّهودِ أنّه كاذِبٌ في إنْكارِه، فلا يصحُّ تَعْديلُه.

وعند أبي حنيفةَ [٤/ ١٠٤أ] السُّؤالُ فيما سِوَى الحُدودِ والقِصاصِ حَقُّ المشهودِ عليه، وحَقُّ الإنسانِ لا يُطْلَبُ إلاّ بطَلَبِه، فما لم يَطْعن لا يتحَقَّقُ الطَّلَبُ، فلا تجِبُ المسألةُ وذكر في كتابِ التّزْكيةِ أنّ المشهودَ عليه إذا قال لِلشّاهِدِ: هو عَدْلٌ لا يُكْتَفَى به ما لم يَنْضَمَّ إليه آخرُ، على قولِ محمّدٍ، فصار عن محمّدٍ روايَتانِ:

في روايةٍ: لا تُعْتَبَرُ أصلاً وفي روايةٍ: يُقْبَلُ تَعْديلُه إذا انضَمَّ إليه غيرُه.

وأمّا [الثّاني] [١] الذي يرجعُ إلى فعلِ التّعديلِ - فهو أنْ يقولَ المُعَدِّلُ في التّعديلِ: هو عَدْلٌ جائزُ الشَّهادةِ، حتّى لو قال: هو عَدْلٌ، ولم يَقُلْ: جائزُ الشَّهادةِ لا يُقْبَلُ تَعْديلُه؛ لِجوازِ أنْ يكونَ الإنسانُ عَدْلاً في نفسِه، ولا تجوزُ شهادَتُه، كالمَحْدودِ في القَذْفِ إذا تابَ وصَلُحَ، والعبدُ الصّالِحُ.

وكذلك إذا قال في الرّد: هو ليس بعَدْلٍ لا يَرُدُّ ما لم يَقُلْ: هو غيرُ جائزِ الشَّهادةِ؛ لأنّ غيرَ العدْلِ - وهو الفاسقُ - تجوزُ شهادَتُه إذا تَحَرَّى القاضي الصِّدْقَ في شهادَتِه، ولو قضى به القاضي يَنْفُذُ.

ومنها: أنْ يَسْألَ المُعَدِّلَ في [ما يسأل في] [٢] السِّرِّ أوّلاً، فإنْ وجَدَه عَدْلاً يَعْدِلُه في العلانيةِ أيضًا، ويجمَعُ بينَ المُزَكّى والشُّهودِ، وبينَ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه في تَعْديلِ العلانيةِ، وإنْ لم يجِدْه عَدْلاً يقولُ للمُدَّعي: زِدْ في شُهودِك ولا يَكْشِفُ عن حالِ المجروحِ سَتْرًا على المسلمِ، ولا يَكْتَفي بتَعْديلِ السِّرِّ خَوْفًا من [٣] الاحتيالِ والتّزْويرِ، بأنْ يُسَمّيَ غيرَ العدْلِ باسمِ العدْلِ، فكان الأدَبُ هو التّزْكيةُ في العلانيةِ، بعدَ التّزْكيةِ في السِّرِّ والله أعلم.

ولو اختلف المُعَدِّلانِ فعَدَّلَه أحدُهما، وجرَّحَه الآخرُ، سَألَ القاضي غيرَهما فإنْ عَدَّلَه آخرُ أخذ بالتّزْكيةِ، وإنْ جرَّحَه آخرُ أخذ بالجرْحِ؛ لأنّ خَبَرَ الاثنينِ أولى من خَبَرِ الواحدِ بالقَبولِ؛ لأنّه حُجّةٌ مُطْلَقةٌ، وإنِ [٤] انضَمَّ إلى كُلِّ واحدٍ منهما رجلٌ آخرُ فعَدَّلَه اثنانِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «عن».
(٤) في المخطوط: «وإذا».

وجَرَّحَه اثنانِ عَمِلَ بالجرْحِ؛ لأنّ الجارحَ يَعْتَمِدُ حقيقةَ الحالِ، والمُعَدِّلُ يَبني الأمرَ على الظّاهرِ؛ لأنّ الظّاهرَ من حالِ الإنسانِ أنْ [١] يُظْهِرَ الصّلاحَ، ويَكْتُمَ الفِسْقَ، فكان قَبولُ قولِ الجارحِ أولى.

كذلك لو جَرَّحَه اثنانِ وعَدَّلَه ثلاثةٌ، أو أربعةٌ، أو أكثرُ يعملُ بقولِ الجارحِ؛ لأنّ التّرْجيحَ لا يَقَعُ بكَثْرةِ العدَدِ في بابِ الشَّهادةِ.

ومنها أنْ يجلِسَ [٢] معه جماعةٌ من أهلِ الفِقْه، يُشاوِرُهم ويَسْتَعينُ برأيِهم فيما (يجهَلُه من الأحكامِ، وقد نَدَبَ اللَّه - سبحانه -) [٣] رسوله عليه الصلاة والسلام إلى المُشاوِرةِ [بقولِه: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]] [٤] مع انفِتاحِ بابِ الوحْيِ، فغيرُه أولى وعن أبِي هُرَيْرةَ رضي الله عنه أنّه قَالَ: مَا رَأيتُ أحَدًا بعدَ رَسُولِ اللَّه ﷺ أكثرَ مُشَاوَرةً لأصحَابِه منه [٥].

ورويَ أنّه ﷺ كان يقولُ لِسَيِّدِنا أبي بَكْرٍ، وسَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله تعالى عنهما: «قولا، فإنّي فيما لم يوحَ إلَيّ مثلُكما [٦]»؛ ولأنّ المُشاوَرةَ في طَلَبِ الحقِّ من بابِ المُجاهَدةِ في اللَّه - عزّ وجلّ - فيكونُ سببًا للوُصولِ إلى سَبيلِ الرَّشادِ، قال اللَّه - عزّ وجلّ -: ﴿وَٱلَّذِينَ جَٰهَدُواْ فِينَا لَنَهۡدِيَنَّهُمۡ سُبُلَنَاۚ﴾ [العنكبوت: ٦٩].

ويَنْبَغي أنْ يُجْلِسَ [٧] معه مَنْ يوثَقُ بدينِه وأمانَتِه؛ لِئَلاّ يَضِنّ بما عنده من الحقِّ والصّوابِ، بل يَهْديه إلى ذلك إذا رُفِعَ [٨] إليه، ولا يَنْبَغي أنْ يُشاوِرَهم بحَضْرةِ النّاس؛ لأنّ ذلك يُذْهِبُ بمَهابةِ المجلِسِ، والنّاسُ يَتَّهِمونَه بالجهْلِ، ولكنْ يُقيمُ النّاسَ عن المجلِسِ، ثُمّ يُشاوِرُهم، أو يَكْتُبُ في رُقْعةٍ فيَدْفَعُ إليهم، أو يُكَلِّمُهم بلُغةٍ لا يَفْهَمُها الخصْمانِ.

---

(١) في المخطوط: «أنه».
(٢) في المخطوط: «يحبس».
(٣) في المخطوط: «يحتاج إليه لقوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] ندب الله تعالى».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) ضعيف: أخرجه الترمذي، كتاب الجهاد، باب: ما جاء في المشورة، برقم (١٧١٤)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٢١٣)، وعبد الرزاق في مصنفه (٥/ ٣٣١) من قول أبي هريرة رضي الله عنه، انظر ضعيف جامع الترمذي.
(٦) في المخطوط: «متكلمًا».
(٧) في المخطوط: «يحبس».
(٨) في المخطوط: «رجع».

هذا إذا كان القاضي لا يدخلُه حَصْرٌ بإجلاسهم عنده، ولا يَعْجِزُ عن الكَلام بينَ أيديهم، فإنْ كان لا يُجْلِسُهم، فإنْ [١] أُشْكِلَ عليه شيءٌ من أحكامِ الحوادِثِ؛ بَعَثَ إليهم وسَألَهم.

ومنه: أنْ يكونَ له جِلْوازٌ - وهو المُسَمَّى بصاحبِ المجلِسِ في عُرْفِ ديارِنا - يقومُ على رأسِ القاضي؛ لِتَهْذيبِ المجلِسِ، وبيدِه [٢] سَوْطٌ يُؤَدِّبُ به المُنافِقَ، ويُنْذِرُ به المُؤمن، وقد رويَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ كان يُمْسِكُ بيدِه سَوْطًا، يُنْذِرُ به المُؤمن، ويُؤَدِّبُ به المُنافِقَ. وكان سَيِّدُنا أبو بَكْرٍ يُمْسِكُ سَوْطًا، وسَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه اتَّخَذَ دِرّةً.

ومنها: أنْ يكونَ له أعوانٌ، يَسْتَحْضِرونَ الخُصومَ، ويقومونَ بينَ يَدَيْه إجلالاً له؛ ليكونَ (مجلِسًا مَهيبًا، ويُذْعِنُ المُتَمَرِّدُ للحَقِّ) [٣]، وهذا في زَمانِنا، فأمّا في زَمانِ الصّحابةِ والتّابِعينَ رضي الله عنهم فما كان تقعُ الحاجةُ إلى أمثالِ ذلك؛ لأنّهم كانوا يَنْظُرونَ إلى الأُمَراءِ والقُضاةِ بعَيْنِ التّبْجيلِ والتّعظيمِ، ويَخافونَهم ويَنْقادونَ للحَقِّ بدونِ ذلك.

فقد رويَ أنّ سَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله عنه كان [٤/ ١٠٤ب] يَقْضي في المسجِدِ، فإذا فرَغَ استَلْقَى على قَفاه وتَوَسَّدَ بالحصَى، وما كان يَنْقُصُ ذلك من حُرْمَتِه. ورويَ أنّه لَبِسَ قَميصًا، فازدادَتْ أكمامُه عن أصابِعِه؛ فدَعا بالشَّفْرةِ فقَطَعَهما [٤]، وكان لا يَكْفِهما [٥] أيّامًا، وكانت الأطْرافُ مُتَعَلِّقةً منها، والنّاسُ يَهابونَه غايةَ المَهابةِ [٦]. فأمّا اليومُ فقد فسَدَ الزّمانُ، وتَغَيَّرَ النّاسُ؛ فهانَ العِلْمُ وأهلُه، فوَقَعَتِ الحاجةُ إلى هذه التّكْليفاتِ؛ لِلتَّوَسُّلِ إلى إحياءِ الحقِّ، وإنْصافِ المَظْلومِ من الظّالِمِ.

ومنها: أنْ يكونَ له تُرْجُمانٌ؛ لِجوازِ أنْ يحضُرَ مجلِسَ القضاءِ مَنْ لا يَعْرِفُ القاضي لُغَتَه، من المُدَّعي والمُدَّعَى عليه والشُّهودِ، والكَلامُ في عَدَدِ التُّرْجُمانِ وصِفاتِه على الاتِّفاقِ والاختلافِ، كالكَلامِ في عَدَدِ المُزَكِّى وصِفاتِه كما تَقَدَّمَ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

---

(١) في المخطوط: «بأن».
(٢) في المخطوط: «وبيده وبيده».
(٣) في المخطوط: «مجلسه أهيب والمتمرد للحق أذعن».
(٤) في المخطوط: «فقطعها».
(٥) في المخطوط: «يكفها».
(٦) في المخطوط: «الهيبة».

ومنها: أنْ يَتَّخِذَ كاتِبًا؛ لأنّه يحتاجُ إلى مُحافَظةِ الدَّعاوَى والبيِّناتِ والإقراراتِ لا يُمْكِنُه حِفْظُها، فلا بُدَّ من الكتابةِ، وقد يَشُقُّ عليه أنْ يَكْتُبَ بنفسِه فيحتاجَ إلى كاتِبٍ يَسْتَعينُ به، وينْبَغي أنْ يكونَ عَفيفًا صالِحًا من أهلِ الشَّهادةِ، وله معرفةٌ بالفِقْه، أمّا العِفّةُ والصّلاحُ؛ فلأنّ هذا من بابِ الأمانةِ، والأمانةُ لا يُؤَدّيها إلاّ العفيفُ الصّالِحُ. وأمّا أهليّةُ الشّهادةِ؛ فلأنّ القاضيَ قد يحتاجُ إلى شهادَتِه. وأمّا معرفَتُه بالفِقْه؛ فلأنّه يحتاجُ إلى الاختصارِ والحذْفِ من كلامِ الخصْمَيْنِ، والنّقْلِ من لُغةٍ إلى لغة، ولا يَقْدِرُ على ذلك إلاّ مَنْ له معرفةٌ بالفِقْه، فإنْ لم يكنْ فقيهًا كتَبَ كلامَ الخصْمَيْنِ كما سَمِعَه، ولا يتصَرَّفُ فيه بالزّيادةِ والنُّقْصانِ؛ لِئَلاّ يوجِبَ حَقًّا لم يجبْ، ولا يُسْقِطَ حَقًّا واجبًا؛ لأنّ تَصَرُّفَ غيرِ الفقيه بتفسيرِ الكَلامِ لا يخلو عن ذلك.

وينْبَغي أنْ يُقْعِدَ الكاتِبَ حيث يَرَى ما يَكْتُبُ وما يَصْنَعُ، فإنّ ذلك أقرَبُ إلى الاحتياطِ، ثُمّ في عُرْفِ بلادِنا يُقَدِّمُ كتابةَ الدَّعْوَى على الدَّعْوَى، فيَكْتُبُ الكاتب دعوى المُدَّعي، ويَتْرُكُ موضِعَ التّاريخِ بياضًا؛ لِجوازِ أنْ تَتَخَلَّفَ الدَّعْوَى عن وقتِ [(١)] الكتابةِ، ويَتْرُكُ موضِعَ الجوابِ أيضًا بياضًا؛ لأنّه لا يَدْري أنّ المُدَّعَى عليه يُقِرُّ أو يُنْكِرُ، ويَكْتُبُ أسماءَ الشُّهودِ - إنْ كان للمُدَّعي شُهودٌ - ويَتْرُكُ بينَ [(٢)] كُلِّ شاهدَيْنِ بياضًا؛ ليَكْتُبَ القاضي التّاريخَ، وجوابَ الخصْمِ، وشهادةَ الشُّهودِ بنفسِه، ثُمّ يَطْوي الكاتِبُ الكتابَ ويختِمُه، ثُمّ يَكْتُبُ على ظَهْرِه: خُصومةُ فُلانِ بنِ فُلانٍ مع فُلانِ بنِ فُلانٍ، في شهرِ كذا، في سنةِ كذا، ويجعلُه في قِمْطَرةٍ، ويَنْبَغي أنْ يجعلَ لِخُصوماتِ كُلِّ شهرٍ قِمْطَرًا على حِدةٍ؛ ليكونَ أبصَرَ بذلك، ثُمّ يَكْتُبُ [القاضي] [(٣)] في ذلك الشَّهْرِ أسماءَ الشُّهودِ بنفسِه على بطاقةٍ، (أو يَسْتَكْتِبُ الكتابَ) [(٤)] بينَ يَدَيْه، فيَبْعَثُها إلى المُعَدِّلِ سِرًّا - وهي المُسَمّاةُ بالمستورةِ في عُرْفِ ديارِنا - والأفضَلُ أنْ يَبْعَثَ على يَدَيْ عَدْلينِ، وإنْ بَعَثَ على يَدَيْ عَدْلٍ فهو على الاختلافِ الذي ذَكَرْنا، واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

ومنها: أنْ يُقَدِّمَ الخُصومَ على مَراتِبِهم في الحُضورِ الأوّلَ فالأوّلَ؛ لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «المُبَاحُ لِمَنْ سَبَقَ إليهِ» وإنِ اشتبَهَ عليه حالُهم؛ استعْمَلَ القُرْعةَ، فقَدَّمَ مَنْ خرجتْ

---

(١) في المخطوط: «يوم».
(٢) في المخطوط: «تحت».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الكاتب».

قُرْعَتُه، إلاّ الغُرَباءَ إذا خاصَموا بعضَ أهلِ المِصْرِ إليه، أو خاصَمَ بعضُهم بعضًا، أو خاصَمَهم بعضُ أهلِ المِصْرِ، فإنّه يُقَدِّمُهم في الخُصومةِ على أهلِ المِصْرِ؛ لِما رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: قَدِّمِ الغريبَ، فإنّك إذا لم تَرْفَعْ به رأسًا ذهب وضاعَ حَقُّه، فتكونُ أنْتَ الذي ضَيَّعْتَه نَدَبَ رضي الله عنه إلى تقديمِ الغريبِ، ونَبَّهَ على المعنى؛ لأنّه [1] لا يُمْكِنُه الانتِظارُ، فكان تأخيرُه في الخُصومةِ تَضْييعًا لِحَقِّه، إلاّ إذا كانوا كثيرًا، بحيث يَشتغِلُ القاضي عن أهلِ المِصْرِ فيخلِطُهم بأهلِ المِصْرِ؛ لأنّ تقديمَهم يَضُرُّ بأهلِ المِصْرِ.

وكذا تقديمُ صاحبِ الشُّهودِ على غيرِه؛ لأنّ إكْرامَ الشُّهودِ واجبٌ. قالَ ﷺ: «**أكرِمُوا الشُّهودَ، فإنّ اللّهَ يُحْيِي بهم الحُقُوقَ**» [2] وليس من الإكْرامِ حَبْسُهم على بابِ القاضي.

وهذا إذا كان واحدًا، فإنْ كانوا كثيرًا أقرَعَ بينَهم ويَنْبَغي أنْ يُقَدِّمَ الرّجالَ على حِدةٍ، والنِّساءَ على حِدةٍ؛ لِما في الخلْطِ من خَوْفِ الفِتْنةِ، ولو رأى أنْ يجعلَ لهُنّ يومًا على حِدةٍ؛ لِكَثْرةِ الخُصومِ فعَلَ؛ لأنّ إفْرادَهُنّ بيومٍ أستَرُ لهُنّ.

ومنها: أنْ لا يُتْعِبَ نفسَه في طولِ الجُلوسِ؛ لأنّه يحتاجُ إلى النّظَرِ في الحُجَجِ، وبطولِ الجُلوسِ (يختَلُّ النّظَرُ) [3] فيها، فلا يَنْبَغي أنْ يَفْعَلَ ذلك، (ويَكْفي الجُلوسُ) [4] طَرَفَي النّهارِ، وقدرَ ما لا يَفْتُرُ عن النّظَرِ في الحُجَجِ.

وإذا تَقَدَّمَ [إليه] [5] الخصْمانِ هل يَسْألُ المُدَّعي عن دعواه؟ ذكر في أدَبِ القاضي أنّه يَسْألُ، وذكر في الزّياداتِ أنّه لا يَسْألُ [٤/ ١٠٥أ] وكذا إذا ادَّعَى دعوى صَحيحةً هل يَسْألُ [القاضي] [6] المُدَّعَى عليه عن دعوى خَصْمِه؟ ذكر في آدابِ القاضي أنّه يَسْألُ، وذكر في الزّياداتِ أنّه لا يَسْألُ، حتّى يقولَ له المُدَّعي: سَلْه عن [جوابِ] [7] دعوايَ.

---

(١) في المخطوط: «وهو أن الغريب».

(٢) ضعيف جدًا: رواه الشهاب في مسنده، (١/ ٤٢٦)، برقم (٧٣١)، قال العجلوني في كشف الخفاء (١/ ١٩٥): وقال ابن حجر في التحفة وخبر: «أكرموا الشهود...»، ضعيف بل قال الذهبي: منكر اهـ. وقال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٩٨): وصرح الصغاني بأنه موضوع.

(٣) في المخطوط: «يخل بالنظر».

(٤) في المخطوط: «ولكنه يجلس».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) زيادة من المخطوط.

(٧) ليست في المخطوط.

وجه ما ذكر في الزّياداتِ: أنّ السُّؤالَ عن الدَّعْوَى إنْشاءُ الخُصومةِ، والقاضي لا يُنْشِئُ الخُصومةَ.

وجه ما ذكر في الكتابِ: أنّ من الجائزِ أنّ (أحدَ الخصْمَيْنِ يَلْحَقُه) [١] مَهابةُ مجلِسِ القضاءِ [٢]؛ فيَعْجِزُ عن البيانِ دونَ سُؤالِ القاضي، فيَسْأَلُ عن دعواه.

ومنها: أنّ المُدَّعيَ إذا أقام البيِّنةَ، فادَّعَى المُدَّعَى عليه الدَّفْعَ وقال: لي بَيِّنةٌ حاضِرةٌ أمهَلَه زَمانًا؛ لِقولِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه في كتابِ السِّياسةِ: اجعَلْ للمُدَّعي أمَدًا يَنْتَهي إليه وأرادَ به مُدَّعي الدَّفْعَ، ألا تَرَى أنّه قال: وإنْ عَجزَ استَحْلَلْتَ عليه القضاءَ؛ ولأنّه لو لم يُمْهِلْه، وقضى ببَيِّنةِ المُدَّعي، رُبَّما يحتاجُ إلى نَقْضِ قضائه؛ لِجوازِ أنْ يأتيَ بالدَّفْعِ (مُؤَخَّرًا، فهو من) [٣] صيانةِ القضاءِ عن النَّقْضِ، ثُمّ ذلك مُفَوّضٌ إلى رأيِ القاضي، إنْ شاء أخَّرَ إلى آخِرِ المجلِسِ، وإنْ شاء إلى الغدِ، وإنْ شاء إلى بعدِ الغدِ، ولا يَزيدُ عليه؛ لأنّ الحقَّ قد تَوَجَّهَ [٤] عليه، فلا يَسَعُه التّأخيرُ أكثرَ من ذلك، وإنْ (أدَّى ببَيِّنةٍ) [٥] غائبةٍ لا يَلْتَفِتُ إليه، بل يَقْضي للمُدَّعي.

ومنها: أنْ يجلِسَ للقضاءِ في أشهَرِ المَجالِسِ؛ ليكونَ أرفَقَ بالنّاس، وهل يَقْضي في المسجِدِ؟ قال أصحابُنا - رحمهم الله -: يَقْضي [٦] وقال الشّافعيُّ - رحمه الله -: لا يَقْضي، بل يَقْضي في بيتِه [٧].

وجه قولِه: أنّ القاضيَ يأتيه المُشْرِكُ، والحائضُ، والنُّفَساءُ، [والجُنُبُ] [٨]، ويجري بينَ الخصْمَيْنِ كلامُ اللَّغْوِ والرَّفَثُ والكذِبُ؛ لأنّ أحدَهما كاذِبٌ، وتَنْزيه المسجِدِ عن هذا كُلِّه واجبٌ.

---

(١) في المخطوط: «يأخذ الخصم».
(٢) في المخطوط: «القاضي».
(٣) في المخطوط: «فيؤخر».
(٤) في المخطوط: «وجب».
(٥) في المخطوط: «ادعى بينة».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٦/ ٨٠، ١٠٧)، رؤوس المسائل (ص ٥٢٥)، شرح فتح القدير (٧/ ٢٦٩)، البناية (٨/ ٢٢).
(٧) ومذهب الشافعية: أنه يستحب للقاضي أن لا يتخذ المسجد مجلسًا للقضاء فإن فعل ذلك فهو مكروه على الأصح وليس بمحرم. انظر: الوجيز (٢/ ٢٤٠)، الروضة (١١/ ١٣٨)، المنهاج (ص ١٤٩)، مغني المحتاج (٤/ ٣٩٠).
(٨) ليست في المخطوط.

ولنا: الاقْتِداءُ برسولِ اللَّه ﷺ والصّحابةِ الكِرامِ رضي الله عنهم، فإنّ رسولَ اللَّه ﷺ كان يَقْضي في المسجِدِ (١)، وكذا الخُلَفاءُ الرّاشِدونَ والصّحابةُ والتّابِعونَ رضي الله عنهم كانوا يجلِسونَ في المسجِدِ للقضاءِ، والاقْتِداءُ بهم واجبٌ، ولا بَأسَ للقاضي أنْ يَرُدَّ الخُصومَ إلى الصُّلْحِ إنْ طَمع منهم ذلك، قال اللَّه تَبارَك وتعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء :١٢٨] فكان الرَّدُّ إلى الصُّلْحِ رَدًّا إلى الخيْرِ.

وقال سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه: رُدّوا الخُصومَ (حتّى يَصْطَلِحوا) (٢) فإنّ فصلَ القضاءِ يورِثُ بينَهم الضَّغائنَ (٣) فندَبَ رضي الله عنه القُضاةَ إلى رَدِّ الخُصومِ إلى الصُّلْحِ، ونَبَّهَ على المعنى وهو حُصولُ المقصودِ من غيرِ ضَغينةٍ، ولا يَزيدُ على مَرّةٍ أو مَرَّتَيْنِ فإنِ اصْطَلَحا، وإلاّ قضى بينَهما بما يوجِبُ الشّرعُ، وإنْ لم يَطْمع منهم الصُّلْحَ لا يَرُدُّهم إليه، بل يَنْفُذُ القضيّةَ فيهم؛ لأنّه لا فائدةَ في الرَّدِّ.

وَهل للقاضي أنْ يأخذَ الرّزْقَ؟ فإنْ كان فقيرًا له أنْ يأخذَ؛ لأنّه يعملُ للمسلمينَ فلابدَّ له من الكِفايةِ، ولا كِفايةَ له، فكانت كِفايَتُه في بيتِ المالِ، إلاّ أنْ يكونَ له ذلك أُجْرةَ عملِه، ويَنْبَغي للإمامِ أنْ يوَسِّعَ عليه وعلى عيالِه كيْ لا يَطْمع في أموالِ النّاس.

ورويَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ لَمّا بَعثَ عَتّابَ بنَ أُسَيْدٍ رضي الله عنه إلى مَكّةَ، ووَلاّه أمرَها، رَزَقَه أربعَمائة درهمٍ في كُلِّ عامٍ (٤).

ورويَ أنّ الصّحابةَ الكِرامَ رضي الله عنهم أجرَوا لِسَيِّدِنا أبي بَكْرٍ الصِّدّيقِ رضي الله عنه كُلَّ يومٍ درهمًا وثُلُثًا أو ثُلُثَيْنِ من بيتِ المالِ.

وكذا رويَ أنّه كان لِسَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه مثلُ ذلك من بيتِ المالِ، وكان لِسَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه كُلَّ يومٍ قَصْعةٌ من ثَريدٍ، ورَزَقَ سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه شُرَيْحًا،

---

(١) بنحوه أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب: التقاضي والملازمة في المسجد، برقم (٤٥٧)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين، برقم (١٥٥٨)، من حديث كعب بن مالك رضي الله عنه.

(٢) في المخطوط: «إلى الصلح».

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ٦٦)، برقم (١١١٤٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (٨/ ٣٠٣)، برقم (١٥٣٠٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٥٣٤)، برقم (٢٢٨٩٦).

(٤) سبق تخريجه.

ورويَ أنّ سَيِّدَنا عَليًّا فرَضَ له خمسَمائةِ درهمٍ في كُلِّ شهرٍ.

وإنْ كان غَنيًّا اختلَفوا فيه قال بعضُهم: لا يَحِلُّ له أنْ يأخذَ؛ لأنّ الأخْذَ بحُكْمِ الحاجةِ، ولا حاجةَ له إلى ذلك.

وقال بعضهم: يَحِلُّ له الأخْذُ، والأفضَلُ له أنْ يأخذَ. أمّا الحِلُّ؛ فلِما بَيَّنّا أنّه عامِلٌ للمسلمينَ، فكانت كِفايَتُه عليهم لا من طريقِ الأجرِ، وأمّا الأفضَليّةُ؛ فلأنّه وإنْ لم يكنْ مُحْتاجًا إلى ذلك فرُبَّما يجيءُ بعدَه قاضٍ مُحْتاجٌ، وقد صار ذلك سُنّةً ورَسْمًا، فتمتَنِعُ السَّلاطينُ عن إيصال [1] رِزْقِ القُضاةِ إليهم - خُصوصًا سَلاطينُ زَمانِنا - فكان الامتناعُ من الأخْذِ شُحًّا بحَقِّ الغيرِ [2]، فكان الأفضَلُ هو الأخْذُ، وليس للقاضي أنْ يَسْتخلِفَ إلاّ إذا أذِنَ له الإمامُ بذلك؛ لأنّه يتصَرَّفُ [بالتّفْويضِ] [3] فيتقَدَّرُ بقدرِ ما فوِّضَ إليه كالوكيلِ، ولو استخلَفَ تَتَوَقَّفُ [4] قضايا خَليفَتِه على إجازَتِه (بمنزلةِ الوكيلِ) [5] الخاصِّ، إذا وكَّلَ غيرَه فتَصَرَّفَ، ولو كان الإمامُ أذِنَ له بذلك كان له ذلك، كالوكيلِ العامِّ وفي آدابِ القضاءِ وما نَدَبَ القاضي إلى فعلِه كثْرةً لها كتابٌ مُفْرَدٌ يعرف هناك، إنْ شاء اللّه تعالى.

فصل فيما ينفذ من القضايا وما ينقض منها

[٤/ ١٠٥ب] وأمّا بيانُ ما يَنْفُذُ من القضايا، وما يُنْقضُ منها إذا رُفِعَ إلى قاضٍ آخرَ فنقولُ - وباللّه التّوْفيقُ: قضاءُ القاضي الأوّلِ لا يخلو إمّا أنْ وقَعَ في فصلٍ فيه نَصٌّ مُفَسَّرٌ من الكتابِ العزيزِ، والسُّنّةِ المُتَواتِرةِ، والإجماعِ، وإمّا أنْ وقَعَ في فصلٍ مُجْتَهَدٍ فيه من ظَواهرِ النُّصوصِ والقياس، فإنْ وقَعَ في فصلٍ فيه نَصٌّ مُفَسَّرٌ من الكتابِ، أو الخبَرِ المُتَواتِرِ، أو الإجماعِ، فإنْ وافَقَ قضاؤُه ذلك (نفذه الثاني) [6] ولا يَحِلُّ له النّقْضُ؛ لأنّه وقَعَ صَحيحًا قَطْعًا، وإنْ خالَفَ شيئًا من ذلك يَرُدُّه؛ لأنّه وقَعَ باطِلاً قَطْعًا. وإنْ وقَعَ في فصلٍ مُجْتَهَدٍ فيه فلا يخلو إمّا أنْ كان مُجْمَعًا على كونِه مُجْتَهَدًا فيه، وإمّا أنْ كان مُخْتَلَفًا في كونِه مُجْتَهَدًا فيه، فإنْ كان ذلك مُجْمَعًا على كونِه مَحِلَّ الاجتِهادِ، فإمّا أنْ كان المُجْتَهَدُ

---

(١) في إيطال: «إبطالِ» وهو تصحيف.
(٢) في المخطوط: «غيره».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «توقفت».
(٥) في المخطوط: «كالوكيل».
(٦) في المطبوع: «نَفَذَ».

فيه هو المقضيُّ به، وإمّا أنْ كان نقض [(١)] القضاءِ، فإنْ كان المُجْتَهدُ فيه هو المقضيُّ به، فرُفِعَ قضاؤُه إلى قاضٍ آخرَ؛ لم يَرُدَّه الثّاني، بل يُنَفِّذُه؛ لِكونِه قضاءً مُجْمَعًا على صِحَّته؛ لِما عُلِمَ [(٢)] أنّ النّاسَ على اختلافِهم في المسألةِ اتَّفَقوا على أنّ للقاضي أنْ يَقْضيَ بأيِّ الأقوالِ الذي مالَ إليه اجتِهادُه، فكان قضاؤُه مُجمَعًا على صِحَّته، فلو نَقضه إنّما يَنْقُضُه بقولِه. وفي صِحَّتِه اختلافٌ بينَ النّاس فلا يجوزُ نَقْضُ ما صَحَّ بالاتِّفاقِ بقولِ مُخْتَلَفٍ في صِحَّتِه؛ ولأنّه ليس مع الثّاني دليلٌ قَطْعيٌّ بل اجتِهاديٌّ، وصِحّةُ قضاءِ القاضي الأوّلِ ثَبَتَ [(٣)] بدليلٍ قَطْعيٍّ، وهو إجماعُهم على جوازِ القضاءِ بأيِّ وجهٍ اتَّضَحَ له، فلا يجوزُ نَقْضُ ما مضى بدليلٍ قاطِعٍ بما فيه شُبْهةٌ؛ ولأنّ الضّرورةَ توجِبُ القولَ بلُزومِ القضاءِ المَبنيِّ على الاجتِهادِ، وأنْ لا يجوزَ نَقْضُه؛ لأنّه لو جاز نَقْضُه يَرْفَعُه إلى قاضٍ آخرَ يَرَى خلافَ رأيِ الأوّلِ فيَنْقُضُه، ثُمّ يَرْفَعُه المُدَّعي إلى قاضٍ آخرَ يَرَى خلافَ رأيِ القاضي الثّاني فيَنْقُضُ نَقْضَه [(٤)]، ويَقْضي كما قضى الأوّلُ فيُؤدّي إلى أنْ لا تَنْدَفِعَ الخُصومةُ والمُنازَعةُ أبدًا، والمُنازَعةُ سببُ الفسادِ، وما أدّى إلى الفسادِ فسادٌ. فإنْ كان رَدَّه القاضي الثّاني فرفعه إلى قاضٍ ثالِثٍ (نَفَذَ قضاءُ) [(٥)] القاضي الأوّلِ، وأَبْطِلَ قضاءُ [القاضي] [(٦)] الثّاني؛ لأنّ قضاءَ الأوّلِ صَحيحٌ، وقضاءَ الثّاني بالرَّدِّ باطِلٌ.

هذا إذا كان [القاضي] [(٧)] الأوّلُ قاضيَ أهلِ العدْلِ، فإنْ كان قاضيَ أهلِ البغْيِ فرُفِعَتْ قضاياه إلى قاضي أهلِ العدْلِ، بأنْ ظَهَرَ أهلُ العدْلِ على المِصْرِ - الذي كان في يَدِ الخوارجِ - فرُفِعَتْ إلى قاضي أهلِ العدْلِ قضايا قاضيهم، لم يَنْفُذْ شيئًا منها، بل يَنْقُضُها كُلَّها - وإنْ كانوا من أهلِ القضاءِ والشّهادةِ في الجُمْلةِ - كبْتًا وغَيْظًا لهم؛ ليَنْزَجِروا عن البغْيِ والله أعلم، وإنْ كان نفسُ القضاءِ مُجْتَهَدًا فيه أنّه يجوزُ أم لا كما لو قضى بالحجرِ على الحُرِّ أو قضى على الغائبِ؟ أنّه يجوزُ للقاضي الثّاني أنْ يُنْقِض قضاءَ الأوّلِ إذا مالَ اجتِهادُه إلى خلافِ اجتِهادِه [(٨)] الأوّلِ؛ لأنّ قضاءَه هنا لم يجُزْ بقولِ الكُلِّ، بل بقولِ

---

(١) في المطبوع: «نفسَ».
(٢) في المخطوط: «ذكرنا من قبل».
(٣) في المخطوط: «يثبت».
(٤) في المخطوط: «بعضه».
(٥) في المخطوط: «فقد قضى».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «اجتهاد».

البعضِ دونَ البعضِ فلم يكنْ جوازُه مُتَّفقًا عليه (فكان مُحْتَمِلاً لِلنَّقْضِ) [١] بمثلِه . بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ جوازَ القضاءِ هناك ثَبَتَ بقولِ الكُلِّ، فكان مُتَّفقًا عليه فلا يحتملُ النَّقْضَ بقولِ البعضِ؛ ولأنّ المسألةَ إذا كانت مُخْتَلَفًا فيها، فالقاضي بالقضاءِ يَقْطَعُ أحدَ الاختلافَيْنِ، ويجعلُه مُتَّفقًا عليه في الحُكْمِ بالقضاءِ المُتَّفَقِ على جوازِه، وإذا كان نفسُ القضاءِ مُخْتَلَفًا فيه [كيف] [٢] يَرْفَعُ الخلافَ بالخلافِ، والله أعلم .

هذا إذا كان القضاءُ في مَحِلٍّ أجمَعوا على كونِه مَحِلَّ الاجتِهادِ، فأمّا إذا كان في مَحِلٍّ اختلَفوا أنّه مَحِلُّ الاجتِهادِ أم لا، كبيعِ أُمِّ الولدِ [أنه] [٣] هل يَنْفُذُ فيه قضاءُ القاضي [أم لا؟] [٤] فعند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله يَنْفُذُ؛ لأنّه مَحِلُّ الاجتِهادِ عندهما؛ لاختلافِ الصّحابةِ في جوازِ بيعِهما، وعند محمّدٍ لا يَنْفُذُ؛ لِوُقوعِ الاتِّفاقِ بعدَ ذلك من الصّحابةِ وغيرِهم، على أنّه لا يجوزُ بيعُها، فخرج عن مَحِلِّ الاجتِهادِ. وهذا يرجعُ إلى أنّ الإجماعَ المُتأخِّرَ هل يَرْفَعُ الخلافَ المُتَقَدِّمَ؟ عندهما لا يُرْفَعُ، وعنده يُرْفَعُ، فكان هذا الفصلُ مُخْتَلَفًا في كونِه مُجْتَهَدًا فيه، فيُنْظَرُ إنْ كان من رأيِ القاضي الثّاني أنّه يجتَهِدُ فيه، يُنَفِّذُ قضاءَه، ولا يَرُدُّه؛ لِما ذَكَرْنا في سائرِ المُجْتَهَداتِ المُتَّفَقِ عليها وإنْ كان من رأيِه أنّه خرج عن حَدِّ [٥] الاجتِهادِ، وصار مُتَّفقًا عليه، لا يُنَفِّذُ، بل يَرُدُّه؛ لأنّ عنده أنّ قضاءَ الأوّلِ وقَعَ مُخالفًا للإجماعِ؛ فكان باطِلاً، ومن مَشايِخِنا من فصَّلَ في المُجْتَهَداتِ تفصيلاً آخرَ فقال: إنْ كان الاجتِهادُ شَنيعًا مُسْتَنْكَرًا جاز للقاضي الثّاني أنْ يَنْقُضَ قضاءَ الأوّلِ [٤/١٠٦أ]، وهذا فيه نَظَرٌ؛ لأنّه إذا صَحَّ كونُه مَحِلَّ الاجتِهادِ فلا معنى للفَصْلِ بينَ مُجْتَهِدٍ ومُجْتَهِدٍ؛ لأنّ ما ذَكَرْنا من المعنى لا يوجِبُ الفصلَ بينَهما [٦]، فيَنْبَغي أنْ لا يجوزَ (لِلثّاني نَقْضُ قضاءِ الأوّلِ) [٧]؛ لأنّ قضاءَه صادَفَ مَحِلَّ الاجتِهادِ والله أعلم .

فصل [فيما يحله القضاء وما لا يحله]

وأمّا بيانُ ما يُحِلُّه القضاءُ، وما لا يُحِلُّه، فالأصلُ أنّ قضاءَ القاضي بشاهدَيِ الزّورِ [٨]

---

(١) في المخطوط: «فلا يحتمل النقض».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «محل».
(٦) في المخطوط: «بين مجتهد ومجتهد».
(٧) في المخطوط: «للقاضي نقضه».
(٨) في المخطوط: «زور».

فيما له وِلايةُ إنْشائه في الجُمْلةِ، يُفيدُ الحِلَّ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - وقضاؤه بهما فيما ليس له وِلايةُ إنْشائه أصلاً، لا يُفيدُ الحِلَّ بالإجماعِ.

وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - والشّافعيِّ - رحمه الله - لا يُفيدُ الحِلَّ فيهما جميعًا، فنقولُ:

جُمْلةُ [١] الكَلامِ فيه أنّ القاضيَ إذا قضى بشاهدَيْنِ، ثُمّ ظَهَرَ أنّهما شاهدا زورٍ، فلا يخلو إمّا أنْ قضى بعقدٍ أو بفسخِ عقدٍ، وإمّا أنْ قضى بمِلْكٍ مُرْسَلٍ، فإنْ قضى بعقدٍ أو بفسخِ عقدٍ فقضاؤه يُفيدُ الحِلَّ عنده، وعندهم لا يُفيدُ، ولَقَبُ المسألةِ أنّ قضاءَ القاضي في العُقودِ والفُسوخِ بشُهودِ [٢] زورٍ هل يَنْفُذُ ظاهرًا وباطِنًا؟ فهو على الخلافِ الذي ذَكَرْنا. وإنْ قضى بمِلْكٍ مُرْسَلٍ، لا يَنْفُذُ قضاؤه باطِنًا بالإجماعِ.

وبيانُ هذه الجُمْلةِ في مَسائلَ: إذا ادَّعى رجلٌ على امرأتِه [٣] أنّه تزوّجَها، فأنْكَرَتْ، فأقام على ذلك شاهدَيْ زورٍ، فقضى القاضي بالنّكاح بينَهما - وهما يَعْلَمانِ أنّه لا نِكاحَ بينَهما - حَلَّ لِلرّجلِ وطْؤُها، وحَلَّ لها [٤] التّمكينُ عند أبي حنيفةَ، وعندهم لا يَحِلُّ.

وكذا إذا شَهِدَ شاهدانِ على رجلٍ أنّه طَلَّقَ امرأتَه ثلاثًا - وهو مُنْكِرٌ - فقضى القاضي بالفُرْقةِ بينَهما، ثُمّ تزوّجَها أحدُ الشّاهدَيْنِ؛ حَلَّ له وطْؤُها، وإنْ كان يَعْلَمُ (أنّهما شَهِدا) [٥] بزورٍ عنده، وعندهم لا يَحِلُّ، وعلى هذا الخلافِ دعوى البيعِ والإعتاقِ. وفي الهبةِ عن [٦] أبي حنيفةَ - رحمه الله - روايَتانِ، وأجمَعوا على أنّه لو ادَّعى نِكاحَ امرأةٍ، وهي تُنْكِرُ وتَقولُ: أنا أُختُه من الرَّضاعِ، أو أنا في عِدّةٍ من زوجٍ آخرَ، فشَهِدَ بالنّكاح شاهدانِ، وقضى القاضي بشهادَتِهما، والمرأةُ تَعْلَمُ أنّها كما أخْبَرَتْ لا يَحِلُّ لها التّمكينُ.

وأجمَعوا أيضًا على أنّه لو ادَّعى [على] [٧] رجلٌ أنّ هذه جاريَتُه، وهي تُنْكِرُ، فأقام على ذلك شاهدَيْنِ، وقضى القاضي بالجاريةِ، أنّه [٨] لا يَحِلُّ له وطْؤُها إذا كان يَعْلَمُ أنّه كاذِبٌ في دعواه، ولا يَحِلُّ لأحدِ الشّاهدَيْنِ أيضًا أنْ يَشتريَها احتجّوا بما رُوِيَ عن

---

(١) في المخطوط: «وجملة».
(٢) في المخطوط: «بشهادة».
(٣) في المخطوط: «امرأة».
(٤) في المخطوط: «للمرأة».
(٥) في المخطوط: «أنه شهد».
(٦) في المخطوط: «عند».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «له».

رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ: «إنّكُمْ تَختَصِمُونَ إِلَيّ ولَعَلّ بعضَكُمْ ألحَنُ بحُجَّتِه من بعضٍ، وإنّمَا أنَا بَشَرٌ، فمَنْ قَضَيتُ له من مَالِ أخِيه شيئًا بغيرِ حَقٍّ، فإنّمَا أقطَعُ له قِطعَةً من النّارِ» (١).

أخْبَرَ النبي ﷺ أنّ القضاءَ بما ليس للمُدَّعي قضاءٌ له بقِطْعةٍ من النّارِ، ولو نَفَذَ قضاؤُه باطِنًا لَما كان القضاءُ به قضاءً بقِطْعةٍ من النّارِ؛ ولأنّ القضاءَ إنّما يَنْفُذُ بالحُجّةِ - وهي الشّهادةُ الصّادِقةُ - وهذه كاذِبةٌ بيَقينٍ فلا يَنْفُذُ حقيقةً؛ ولهذا لم يَنْفُذْ بالمِلْكِ المُرْسَلِ.

وكذا إذا كانت المرأةُ مُحَرَّمةً بالعِدّةِ والرّدّةِ، أو الرَّضاعِ أو القَرابةِ، أو المُصاهَرةِ، كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ قضاءَ القاضي بما يحتملُ الإنْشاء إنْشاءٌ له، فيَنْفُذُ ظاهِرًا وباطِنًا، كما لو أنْشأ صَريحًا. ودَلالةُ الوصْفِ أنّ القاضي مَأمورٌ بالقضاءِ بالحقِّ، ولا يَقَعُ قضاؤُه بالحقِّ فيما يحتملُ الإنْشاء إلاّ بالحمْلِ على الإنْشاءِ؛ لأنّ البيِّنةَ قد تكونُ صادِقةً، وقد تكونُ كاذِبةً، فيُجْعَلُ إنْشاءً (٢)، والعُقودُ والفُسوخُ مِمّا تحتمِلُ الإنْشاء من القاضي، فإنّ للقاضي وِلايةَ إنْشائها في الجُمْلةِ بخلافِ المِلْكِ المُرْسَلِ؛ لأنّ نفسَ المِلْكِ مِمّا لا يحتملُ الإنْشاء؛ ولهذا لو أنْشأ (٣) القاضي (أو غيرُه صَريحًا) (٤) - لا يصحُّ، وبِخلافِ ما إذا كانت المرأةُ مُحَرَّمةً بأسبابٍ؛ لأنّ هناك ليس للقاضي وِلايةُ الإنْشاءِ، ألا تَرَى أنّه لو أنْشأ صَريحًا لا يَنْفُذُ وأمّا الحديثُ فقد قيلَ: إنّه ﷺ قال ذلك في [أخَوَيْنِ اختَصَما إليه في] (٥) مَواريثَ [دُرِسَتْ بينَهما، فقال إلى آخِرِه ولم يكنْ لهما بَيِّنةٌ إلاّ دعواهما، كذا ذكره أبو داوُد عن أُمِّ سَلَمةَ رضي الله عنها] (٦)، والميراثُ ومُطْلَقُ المِلْكِ سواءٌ في الدَّعْوَى - وبِه نَقولُ - مع (٧) أنّه ليس فيه ذِكرُ السَّبَبِ، والكَلامُ في القضاءِ بسببٍ على أنّا نَقولُ بموجِبِه، لكنْ لِمَ قُلْتُمْ: إنّ القضاءَ بسببِ قضاءٍ له من (مالِ آخرَ) (٨) بغيرِ حَقٍّ؟ بل هو قضاء له من مالِ نفسِه، وبِحَقٍّ؛ لأنّ القضاءَ بسببِ المِلْكِ صَحيحٌ عندنا، فقد قُلْنا بموجِبِ الحديثِ، والحمْدُ لِلّه وحْدَه.

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب: موعظة الإمام للخصوم، برقم (٧١٦٩)، ومسلم، كتاب الأقضية، باب: الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، برقم (١٧١٣)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها.
(٢) في المخطوط: «منشئًا».
(٣) في المخطوط: «أنشأه».
(٤) في المخطوط: «صريحًا أو غيره».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «معها».
(٨) في المخطوط: «حق أخيه».

فصل [في حكم خطأ القاضي]

وأمّا بيانُ حُكْم خَطَإِ القاضي في القضاءِ (فنقولُ: الأصلُ) [(١)] أنّ القاضيَ إذا أخْطَأ في قضائه، بأنْ ظَهَرَ أنّ الشُّهودَ كانوا عَبيدًا أو مَحْدودينَ في قَذْفٍ، أنّه لا يُؤاخَذُ بالضَّمانِ؛ لأنّه بالقضاءِ لم يعملْ لِنفسِه بل لِغيرِه، فكان بمنزلةِ الرَّسولِ فلا تَلْحَقُه العُهْدةُ، ثُمّ يُنْظَرُ [إمّا] [(٢)] أنْ كان المقضيُّ به من حُقوقِ [٤/ ١٠٦ب] العِبادِ، وإمّا أنْ كان من حُقوقِ اللّه - عزّ وجلّ - خالصًا، كالقَطْعِ في السّرقةِ، والرَّجْمِ في (زِنا المُحْصَنِ) [(٣)]، فإنْ كان في [(٤)] حُقوقِ العِبادِ، فإنْ كان مالاً - وهو قائمٌ - رَدَّه على المقضيِّ عليه؛ لأنّ قضاءَه وقَعَ باطِلاً، ورَدُّ عَيْنِ المقضيِّ به مُمْكِنٌ، فيَلْزَمُه رَدُّه؛ لِقولِ النّبيِّ ﷺ: «على اليَدِ ما أخَذَتْ حتّى تَرُدَّه» [(٥)]. ولأنّه عَيْنُ مالِ المُدَّعَى عليه، ومَنْ وجَدَ عَيْنَ مالِه فهو أحَقُّ به، وإنْ كان هالِكًا فالضَّمانُ على المقضيِّ له؛ لأنّ القاضيَ عَمِلَ له فكان خَطَؤُه عليه؛ ليكونَ الخراجُ بالضَّمانِ؛ ولأنّه إذا عَمِلَ له فكان [(٦)] هو الذي فعَلَ بنفسِه.

وإنْ كان حَقًّا ليس بمالٍ، كالطَّلاقِ والعتاقِ بَطَلَ؛ لأنّه تَبَيَّنَ أنّ قضاءَه كان [(٧)] باطِلاً، وأنّه أمرٌ شرْعيٌّ يحتملُ الرَّدَّ فيُرَدُّ، بخلافِ الحُدودِ والمالِ الهالِكِ؛ لأنّه لا يحتملُ الرَّدَّ بنفسِه فيُرَدُّ بالضَّمانِ.

هذا إذا كان المقضيُّ به من حُقوقِ العِبادِ. وأمّا [(٨)] إذا كان من حَقِّ [(٩)] اللّه - عزّ وجلّ - خالصًا فضمانُه في بيتِ المالِ؛ لأنّه عَمِلَ فيها لِعامّةِ المسلمينَ؛ لِعَوْدِ مَنْفَعَتِها [(١٠)] إليهم - وهو الزَّجْرُ - فكان خَطَؤُه عليهم؛ لِما قُلْنا فيُؤَدَّى من بيتِ مالِهم، ولا يُضَمَّنُ القاضي؛ لِما قُلْنا، ولا الجلاّدُ [(١١)] أيضًا؛ لأنّه عَمِلَ بأمرِ القاضي، واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

---

(١) في المخطوط: «فالأصل».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الزنا مع الإحصان».
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب: في تضمين العور، برقم (٣٥٦١)، والترمذي، برقم (١٢٦٦)، وابن ماجه، برقم (٢٤٠٠)، وأحمد، برقم (١٩٥٨٢)، والدارمي، برقم (٢٥٩٦)، من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه. انظر ضعيف سنن أبي داود.
(٦) في المخطوط: «صار كأنه».
(٧) في المخطوط: «وقع».
(٨) في المخطوط: «فأما».
(٩) في المخطوط: «حقوق».
(١٠) في المخطوط: «منفعة».
(١١) في المخطوط: «الحداد».

فصل [في بيان ما خرج به القاضي عن القضاء]

وأمّا بيانُ ما يخرُجُ به القاضي عن القضاءِ فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقُ: كُلُّ ما يخرُجُ به الوكيلُ عن الوكالةِ يخرُجُ به القاضي عن القضاءِ، وما يخرُجُ به الوكيلُ عن الوكالةِ أشياءَ - ذَكَرْناها في كتابِ الوكالةِ - لا يختَلِفانِ إلاّ في شيءٍ واحدٍ: وهو أنّ الموَكِّلَ إذا مات [أو خُلِعَ] [١] يَنْعَزِلُ الوكيلُ، والخليفةُ إذا مات أو خُلِعَ لا تَنْعَزِلُ قُضاتُه ووُلاتُه.

ووجه الفرْقِ أنّ الوكيلَ يعملُ بوِلايةِ الموَكِّلِ وفي خالصِ حَقِّه أيضًا، وقد بَطَلَتْ أهليّةُ الوِلايةِ بموته فيَنْعَزِلُ الوكيلُ، والقاضي لا يعملُ بوِلايةِ الخليفةِ وفي حَقِّه بل بوِلايةِ [عامة] [٢] المسلمينَ وفي حُقوقِهم، وإنّما الخليفةُ بمنزلةِ الرّسولِ عنهم؛ ولهذا لم [٣] تَلْحَقْه العُهْدةُ، كالرّسولِ في سائرِ العُقودِ والوكيلِ في النّكاح، وإذا كان رسولاً كان فعلُه بمنزلةِ فعلِ عامّةِ المسلمينَ، ووِلايَتِهم بعدَ موتِ الخليفةِ باقيةٌ، فيَبْقَى القاضي على وِلايَتِه؛ وهذا بخلافِ العزْلِ، فإنّ [٤] الخليفةَ إذا عَزَلَ القاضي أو الوالي يَنْعَزِلُ بعَزْلِه، ولا يَنْعَزِلُ بموتِه؛ لأنّه لا يَنْعَزِلُ بعَزْلِ الخليفةِ أيضًا حقيقةً، بل بعَزْلِ العامّةِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ تَوْليته [٥] بتَوْليةِ العامّةِ، والعامّةُ ولَّوْه الاستِبْدالَ دَلالةً؛ لِتَعَلُّقِ مَصْلَحَتِهم بذلك، (فكانت وِلايَتُه منهم معنًى) [٦] في العزْلِ أيضًا، فهو الفرْقُ بينَ العزْلِ و[بين] [٧] الموتِ.

ولو استخلَفَ القاضي بإذنِ الإمامِ، ثُمّ مات القاضي لا يَنْعَزِلُ خَليفَتُه؛ لأنّه نائبُ الإمامِ في الحقيقةِ، لا نائبُ القاضي، ولا يَنْعَزِلُ بموتِ الخليفةِ أيضًا، كما لا يَنْعَزِلُ القاضي؛ لِما قُلْنا، ولا يَمْلِكُ القاضي عَزْلَ خَليفَتِه؛ لأنّه نائبُ الإمامِ، فلا يَنْعَزِلُ بعَزْلِه كالوكيلِ أنّه [٨] لا يَمْلِكُ عَزْلَ الوكيلِ الثّاني؛ لأنّ الثّانيَ وكيلُ الموَكِّلِ في الحقيقةِ لا وكيلَه، كذا ههنا، إلاّ إذا أذِنَ له الخليفةُ أنْ [٩] يَسْتَبْدِلَ مَنْ شاء فيَمْلِكُ عَزْلَه، ويكونُ ذلك أيضًا عَزْلاً من الخليفةِ [لا من القاضي] [١٠]؛ لأنّ القاضيَ كالوكيلِ إذا قال له الموَكِّلُ: اعمَلْ برأيِك

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لا».
(٤) في المخطوط: «إن».
(٥) في المخطوط: «ولايته».
(٦) في المخطوط: «فكان الاستبدال منهم معنى وإنما الخليفة رسول منهم».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «لأنه».
(٩) في المخطوط: «بأن».
(١٠) ليست في المخطوط.

أنّه يَمْلِكُ التّوْكيلَ والعزْلَ، وإذا عَزَلَ كان العزْلُ في الحقيقةِ من الموَكِّلِ، كذا هذا. وعِلْمُ المعزولِ بالعزْلِ شرطُ صِحّةِ العزْلِ في هذا كله كما ذكر في الوكالةِ والله أعلم.

وهل يَنْعَزِلُ بأخْذِ الرّشْوةِ في الحُكْمِ؟ عندنا لا يَنْعَزِلُ لكنّه يَسْتَحِقُّ العزْلَ فيَعْزِلُه الإمامُ ويُعَزِّرُه، كذا ذكر في كتابِ الحُدودِ.

وقال مَشايِخُ العِراقِ من أصحابِنا: إنّه يَنْعَزِلُ وقالوا: صَحَّتِ الرّوايةُ عن أصحابِنا رضي الله عنهم أنّه يَنْعَزِلُ، واستَدَلّوا بما ذكر في السّيَرِ الكَبيرِ أنّه يخرُجُ من القضاءِ، لكنْ روايةُ [(١)] مَشايِخِنا: أنّه [لا] [(٢)] يخرُجُ من القضاءِ، وهذه (الرّوايةُ أولى) [(٣)]؛ لأنّ هذه الرّوايةَ مشتبِهةٌ، وروايةُ كتابِ الحُدودِ مُحْكَمةٌ؛ لأنّه ذكر أنّ [(٤)] الإمامَ يَعْزِلُه ويُعَزِّرُه فكان فيما قُلْنا: حَمْلُ المُحْتَمَلِ على المُحْكَمِ، فكان عملاً بالرّوايتيْنِ جميعًا فكان أولى. وهذا عندنا.

وقال الشافعيّ - رحمه الله: يَنْعَزِلُ وهو قولُ المُعْتَزِلةِ، ولَقَبُ المسألةِ: أنّ القاضيَ إذا فسَقَ هل يَنْعَزِلُ أو لا؟ فعندنا لا يَنْعَزِلُ، وعند الشّافعيِّ يَنْعَزِلُ، وبِه قالتِ المُعْتَزِلةُ لكنْ بناءً على أصلينِ مُخْتَلِفَيْنِ.

فأصلُ المُعْتَزِلةِ أنّ الفِسْقَ يُخْرِجُ صاحبَه عن الإيمانِ فيَبْطُلُ [(٥)] أهليّةُ القضاءِ وأصلُ الشّافعيِّ - رحمه الله - أنّ العدالةَ شرطُ أهليّةِ القضاءِ [٤/ ١٠٧أ] كما هي شرطُ أهليّةِ الشَّهادةِ؛ لأنّ أهليّةَ القضاءِ تَدورُ مع [(٦)] أهليّةِ الشَّهادةِ، وقد زالَتْ بالفِسْقِ فتَبْطُلُ [الأهليّةُ] [(٧)] والأصلُ عندنا أنّ الكَبيرةَ لا تُخْرِجُ صاحبَها من [(٨)] الإيمانِ، والعدالةُ ليس [(٩)] بشرطِ أهليّةِ القضاءِ، كما [أنها] [(١٠)] ليستْ بشرطٍ لأهليّةِ الشَّهادةِ على ما ذَكَرْنا، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «قراءة».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «القراءة الأولى».
(٤) في المخطوط: «في».
(٥) في المخطوط: «فتبطل».
(٦) في المخطوط: «على».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «عن».
(٩) في المخطوط: «ليست».
(١٠) زيادة من المخطوط.

كتاب القسمة



كتاب القسمة (١)

الكَلامُ في هذا الكتابِ [يَقَعُ] (٢) في مَواضِعَ:

في بيانِ أنواعِ القسمةِ.

وفي بيانِ شرْعيّةِ كُلِّ نوعٍ.

وفي بيانِ معنى القسمةِ لُغةً وشرْعًا.

وفي بيانِ شرائطِ جواز القسمةِ.

وفي بيانِ صِفاتِ القسمةِ.

وفي بيانِ حُكْمِ القسمةِ.

وفي بيانِ ما يوجِبُ نَقْضَ القسمةِ بعدَ وُجودِها.

أمّا الأوّلُ: فالقسمةُ في الأملاكِ (٣) المشترَكةِ نوعانِ:

أحدُهما: قسمةُ الأعيانِ.

والثاني: قسمةُ المَنافعِ وقسمةُ كُلِّ واحدٍ من النّوْعَيْنِ مشروعةٌ، أمّا قسمةُ الأعيانِ فقد عُرِفَتْ شرْعيّتُها بالسُّنّةِ والإجماعِ (٤).

أمّا السُّنّةُ: فما رويَ أنّ النّبيَّ ﷺ قَسَّمَ غَنائمَ خَيْبَرَ بينَ الغانِمينَ (٥)، وأدْنَى درَجاتِ فعلِه عليه الصلاة والسلام الشّرعيّةُ.

وأمّا الإجماعُ: فإنّ النّاسَ استَعْمَلوا القسمةَ من لَدُنْ (رسولِ اللّه ﷺ) (٦) إلى يومِنا هذا من غيرِ نَكيرٍ، فكانت شرْعيّتُه (٧) مُتوارَثةً، [والمعقولُ يقتضيه تَوْفيرًا على كُلِّ واحدٍ مَصْلَحتُه بكَمالِها] (٨).

---

(١) من هنا في المخطوط [٣/ ٢٣٩أ].

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «الأموال».

(٤) في المخطوط: «وإجماع الأمة».

(٥) انظر: تنوير الحوالك (١/ ٣٠٥).

(٦) في المخطوط: «آدم صلوات الله عليه».

(٧) في المخطوط: «شريعة».

(٨) ليست في المخطوط.

فصل [في بيان معنى القسمة]

وأمّا بيانُ معنى القسمةِ لُغةً وشرْعًا، أمّا في اللُّغةِ: فهي عِبارةٌ عن إفْرازِ النّصيبِ.

وفي الشريعةِ: عِبارةٌ عن إفْرازِ بعضِ الأنْصِباءِ عن بعضٍ، ومُبادَلةِ بعضٍ ببعضٍ؛ لأنّ ما من جُزْأينِ من العيْنِ المشترَكةِ لا يَتجَزَّآنِ قبلَ القسمةِ، إلاّ وأحدُهما مِلْكُ أحدِ الشّريكينِ، والآخرُ مِلْكُ صاحبِه غيرَ عَيْنٍ، فكان نصفُ العيْنِ مملوكًا [١] لهذا، والنّصفُ مملوكًا لِذاك على الشُّيوعِ، فإذا قُسِّمَتْ بينَهما نصفَيْنِ، والأجزاءُ المملوكةُ لِكُلِّ واحدٍ منهما شائعةٌ غيرُ مُعَيَّنةٍ، فتجتَمِعُ [٢] بالقسمةِ في نَصيبِه دونَ نَصيبِ صاحبِه، فلا بُدَّ وأنْ يجتَمِعَ في نَصيبِ كُلِّ واحدٍ منهما أجزاءٌ، بعضُها مملوكةٌ له، وبعضُها مملوكةٌ لِصاحبِه على الشُّيوعِ. فلو لم تقعِ القسمةُ مُبادَلةً في بعضِ أجزاءِ المقسومِ، لم يكنِ المقسومُ كُلُّه [مِلْكًا] [٣] للمقسومِ عليه، بل يكونُ بعضُه مِلْكَ صاحبِه، فكانت القسمةُ منهما بالتّراضي، أو بطَلَبِها [٣/ ٢٣٩ب] من القاضي رِضًا من كُلِّ واحدٍ منهما بزَوالِ مِلْكِه عن نصفِ نَصيبِه بعِوَضٍ - وهو نصفُ نَصيبِ صاحبِه - وهو تفسيرُ المُبادَلةِ، فكانت القسمةُ في حَقِّ الأجزاءِ المملوكةِ له إفْرازًا وتمييزًا، أو تَعْيينًا لها في المِلْكِ وفي حَقِّ الأجزاءِ المملوكةِ لِصاحبِه مُعاوَضةً، وهي مُبادَلةُ بعضِ الأجزاءِ المُجْتَمِعةِ في نَصيبِه ببعضِ الأجزاءِ المُجْتَمِعةِ في نَصيبِ صاحبِه، فكانت إفْرازَ بعضِ الأنْصِباءِ ومُعاوَضةَ البعضِ ضرورةً.

وهذا هو حقيقةُ القسمةِ المعقولةِ [٤] في الأملاكِ المشترَكةِ، فكان معنى المُعاوَضةِ لازِمًا في كُلِّ قسمةٍ شرْعيّةٍ، إلاّ أنّه أعطَى لها حُكْمَ الإفْرازِ في ذَواتِ الأمْثالِ في بعضِ الأحكامِ؛ لأنّ المَأخوذَ من العِوَضِ مثلُ المَتْروكِ من المُعَوّضِ، فجُعِلَ كأنّه يأخذُ عَيْنَ حَقِّه بمنزلةِ المُقْرِضِ، حتّى كان لِكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يأخذَ نَصيبَه من غيرِ رضا صاحبِه، فجُعِلَ إفْرازًا حُكْمًا، وهذا المعنى لا يوجدُ في غيرِ ذَواتِ الأمْثالِ.

فإنْ قيل: أليس أنّه يُجْبَرُ على القسمةِ والمُعاوَضاتُ مِمّا لا يُجْرَى فيها الجبْرُ كالبيعِ ونحوِه؟.

---

(١) في المخطوط: «مملوكة».

(٢) في المخطوط: «ليجمع».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «المعهودة».

فالجواب: أنّ المُعاوَضةَ قد يُجْرَى فيها الجبْرُ، ألا ترَى أنّ الغريمَ يُجْبَرُ على قضاءِ الدَّيْنِ، وقضاءُ الدَّيْنِ لا يتحَقَّقُ إلاّ بطريقِ المُعاوَضةِ - على ما بَيَّنّا في كتابِ الوكالةِ - دَلَّ أنّ الجبْرَ لا يَنْفي المُعاوَضةَ فجاز أنْ يُجْبَرَ على القسمةِ، وإنْ كانت مُعاوَضةً مع ما أنّ الجبْرَ لا يجري في المُعاوَضاتِ المُطْلَقةِ، كالبيعِ ونحوِه، والقسمةُ ليستْ بمُعاوَضةٍ مُطْلَقةٍ، بل هي إفْرازٌ من وجهٍ، ومُعاوَضةٌ من وجهٍ، فجاز أنْ يجريَ فيها الجبْرُ.

وعلى هذا الأصلِ تخرُجُ قسمةُ المَكيلاتِ والموزوناتِ والعدَديّاتِ المُتَقارِبةِ، أنّها لا تجوزُ مُجازَفةً كما لا يجوزُ بيعُها مُجازَفةً؛ لاعتِبارِ معنى المُبادَلةِ، وذكر في الكتابِ في كُرِّ حِنطةٍ مشترَكٍ بينَ رجلينِ ثلاثونَ منه رَديئةً وعشرةٌ [منه] (١) جَيِّدةً قيمَتُها سواءٌ فأرادا أنْ يقتسِماه فيأخذُ أحدُهما ثلاثينَ والآخرُ عشرةً أنّه لا يجوزُ؛ لِتَمَكُّنِ الرِّبا فيه لَتَحقُّقِ معنى المُعاوَضةِ.

ولو زادَ صاحبُ الزّيادةِ ثوبًا أو شيئًا آخرَ جاز؛ لأنّ الزّيادةَ صارتْ مُقابلةً بالثّوْبِ، فزالَ معنى الرِّبا.

وقال في زَرْعٍ مشترَكٍ بينَ رجلينِ في أرضٍ مملوكةٍ لهما فأرادا قسمةَ الزَّرْعِ دونَ الأرضِ، وقد سَنْبَلَ الزَّرْعُ: إنّه لا تجوزُ قسمَتُه؛ لأنّ قسمَتَه بطريقِ المُجازَفةِ، ولا تجوزُ المُعاوَضةُ بطريقِ المُجازَفةِ في الأموالِ الرِّبَويّةِ، وكذا لو أوصَى بصوفٍ على ظَهْرِ غَنَمٍ لِرجلينِ، أو أوصَى باللَّبَنِ في الضَّرْعِ لهما، لم تجُزْ قسمَتُه قبلَ الجزِّ والحلْبِ؛ لأنَّ الصّوفَ واللَّبَنَ من الأموالِ الرِّبَويّةِ فلا يحتملانِ القسمةَ مُجازَفةً، كما لا يحتملانِ البيعَ مُجازَفةً، وكذا خيارُ العيْبِ يدخلُ في نوعَيِ القسمةِ كما يدخلُ في البيعِ، وخيارُ الرُّؤيةِ والشّرطِ يدخلُ في أحدِ النّوْعَيْنِ دونَ الآخرِ، لا لانعِدامِ معنى المُبادَلةِ، بل لِمعنًى آخرَ نذكرُه في موضِعِه إن شاء الله تعالى.

ولو اشترى رجلان (٢) من رجلٍ كُرَّ حِنطةٍ بمائةِ درهم فاقْتَسَماه، فلِكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يبيعَ نَصيبَه مُرابَحةً على خمسينَ درهمًا. ولو اشتريا دارًا بمائةِ درهم فاقْتَسَماها، ليس لِواحدٍ منهما أنْ يبيعَ نَصيبَه مُرابَحةً على خمسينَ، وإنّما افترَقَ النّوْعانِ في هذا الحُكْمِ، لا لاعتِبارِ معنى الإفْرازِ في أحدِهما والمُبادَلةُ في الآخرِ، بل لِمعنًى آخرَ وهو أنّ المُرابَحةَ بيعٌ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المطبوع: «رجلًا» وهو خطأ.

بمثلِ المذكورِ ثَمَنًا في الأوّلِ مع زيادةِ شيءٍ، وإنّما يجوزُ البيعُ بمثلِ المذكورِ ثَمَنًا في الأوّلِ مع زيادةِ شيءٍ فيما يحتملُ الزّيادةَ. وأمّا فيما لا يحتملُ الزّيادةَ فلا، كما إذا اشترى كُرَّ حِنْطةٍ بكُرِّ حِنْطةٍ لا يبيعُه مُرابَحةً على الكُرِّ كذا هنا بل أولى؛ لأنّ ذلك مُعاوَضةٌ مقصودةٌ، والمُعاوَضةُ في القسمةِ ليستْ بمقصودةٍ، وإذا كان كذلك يَسْقُطُ اعتِبارُ هذا الثّمنِ شرْعًا في هذا الحُكْمِ؛ لأنّه لا يحتملُ الزّيادةَ فكان له أنْ يبيعَه مُرابَحةً على أوّلِ ثَمَنٍ يحتملُ الزّيادةَ، وهو الخمسونَ بخلافِ قسمةِ الدّارِ؛ لأنّ هناك يُمْكِنُ البيعُ بالثّمنِ الأوّلِ - وهو ثَمَنُ القسمةِ - وزيادةُ شيءٍ بأنْ يبيعَ نصفَه من شريكِه بالنّصفِ الذي في يَدِه ورِبْحُ درهمٍ مَثَلاً، كما إذا اشترى دارًا بدارٍ، أو اشترى كُرَّ حِنْطةٍ بثوبٍ، فأمكَنَ بيعُه مُرابَحةً على الثّمنِ الأوّلِ، وفي الجُمْلةِ فلم يجُزْ بيعُه مُرابَحةً على خمسينَ، إلاّ أنّه [٣/ ٢٤٠أ] إذا باعه مُرابَحةً، أو باعه من بائعِه بالنّصفِ الذي في يَدِه برِبْحِ دَهٍ يازده لا يجوزُ؛ لِمعنًى عُرِفَ في كتابِ البيوعِ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

فصل [في شروط جواز القسمة]

وأمّا شرائطُ جوازِ القسمةِ فأنواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى القاسمِ.

وبعضُها يرجعُ إلى المقسومِ.

وبعضُها يرجعُ إلى المقسومِ له.

أمّا الذي يرجعُ إلى القاسمِ فنوعانِ: نوعٌ هو شرطُ الجوازِ ونوعٌ: هو شرطُ الاستحبابِ.

أمّا شرائطُ الجوازِ فأنواعٌ: منها العقلُ، فلا تجوزُ قسمةُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛ لأنّ العقلَ من شرائطِ أهليّةِ التّصرُّفاتِ الشّرعيّةِ، فأمّا البلوغُ فليس بشرطٍ لِجوازِ القسمةِ حتّى تجوزَ قسمةُ الصّبيِّ الذي يَعْقِلُ القسمةَ بإذنِ وليِّه.

وكذلك الإسلامُ والذُّكورةُ والحُرّيّةُ ليستْ بشرطٍ لِجوازِ القسمةِ، فتجوزُ قسمةُ الذِّمّيِّ والمرأةِ والمُكاتَبِ والمَأذونِ؛ لأنّ هَؤُلاءِ من أهلِ البيعِ فكانوا من أهلِ القسمةِ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

ومنها: المِلْكُ والوِلايةُ، فلا تجوزُ القسمةُ بدونِهما أمّا المِلْكُ فالمعنيُّ به [(١)]: أنْ يكونَ القاسمُ مالِكًا فيَقْسِمُ الشُّرَكاءُ بالتّراضي. وأمّا الوِلايةُ فنوعانِ: وِلايةُ قضاءٍ، ووِلايةُ قَرابةٍ، إلاّ أنّ شرطَ وِلايةِ القضاءِ الطَّلَبُ، فيَقْسِمُ القاضي وأمينُه على الصّغيرِ والكَبيرِ، والذَّكَرِ والأُنثى، والمسلمِ والذِّمّيِّ، والحُرِّ والعبدِ، والمَأذونِ والمُكاتَبِ، عند طَلَبِ الشُّرَكاءِ كُلِّهم أو بعضِهم - على ما نذكرُه.

ولا يُشترَطُ ذلك في وِلايةِ القَرابةِ، فيَقْسِمُ الأبُ ووَصيُّه، والجدُّ ووَصيُّه، على الصّغيرِ والمعتوهِ، من غيرِ طَلَبِ أحدٍ.

والأصلُ فيه أنّ كُلَّ مَنْ له وِلايةُ البيعِ فلَه وِلايةُ القسمةِ، ومَنْ لا فلا، ولِهَؤُلاءِ وِلايةُ البيعِ فكانت لهم وِلايةُ القسمةِ، وكذا القاضي له وِلايةُ بيعِ مالِ الصّغيرِ والكَبيرِ في الجُمْلةِ، فكان له وِلايةُ القسمةِ في الجُمْلةِ.

وأمّا وصيُّ الأُمِّ ووَصيُّ الأخِ والعمِّ فيَقْسِمُ المَنْقولَ دونَ العقارِ؛ لأنّ له وِلايةَ بيعِ المَنْقولِ دونَ العقارِ، وفي وصيِّ المُكاتَبِ إذا مات عن وفاءٍ أنّه هل يَقْسِمُ؟ فيه روايَتانِ، وهذا كُلُّه يُقَرِّرُ ما قُلْنا: إنّ معنى المُبادَلةِ لازِمٌ في القسمةِ، حيث جعل سَبيلَه سَبيلَ البيعِ في الوِلايةِ، ولا يَقْسِمُ وصيُّ المَيِّتِ على الموصَى له؛ لانعِدامِ وِلايَتِه عليه.

وكذا لا يَقْسِمُ الورَثةُ عليه؛ لانعِدامِ وِلايَتِهم عليه؛ لأنّ الموصَى له كواحدٍ من الورَثةِ، ولا يَقْسِمُ بعضُ الورَثةِ على بعضٍ؛ لانعِدامِ الوِلايةِ فلا يَقْسِمونَ على الموصَى له، ولو اقْتَسَموا وهو غائبٌ نُقِضَتْ قسمَتُهم، لكنْ هذا إذا كانت القسمةُ بالتّراضي، فإنْ كانت بقضاءِ القاضي - تَنْفُذُ ولا تُنْقَضُ؛ لِما نذكرُه في موضِعِه، إنْ شاء اللّه تعالى.

وَأمّا شرائطُ الاستحبابِ فأنواعٌ:

(منها) أنْ يكونَ عَدْلاً أمينًا عالِمًا بالقسمةِ؛ لأنّه لو كان [غيرَ عَدْلٍ خائنًا، أو] [(٢)] جاهلاً بأُمورِ القسمةِ يُخافُ منه الجوْرُ في القسمةِ [لا يجوزُ] [(٣)].

ومنها: أنْ يكونَ مَنْصوبَ القاضي؛ لأنّ قسمةَ غيرِه لا تَنْفُذُ على الصّغيرِ والغائبِ؛

---

(١) في المخطوط: «فيه».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) ليست في المخطوط.

ولأنّه أجمعُ لِشرائطِ الأمانةِ، والأفضَلُ أنْ يَرْزُقَه من بيتِ المالِ؛ ليَقْسِمَ لِلنّاس من غيرِ أجرٍ عليهم؛ لأنّ ذلك أرفَقُ بالمسلمينَ، فإنْ لم يُمْكِنْه أنْ يَرْزُقَه من بيتِ المالِ يَقْسِمُ لهم بأجرٍ عليهم، ولكنْ يَنْبَغي للقاضي أنْ يُقَدِّرَ له أُجْرةً معلومةً كيْ لا يتحَكَّمَ على النّاس.

ولو أرادَ النّاسُ أنْ يَسْتأجِروا قَسّامًا آخرَ غيرَ الذي نَصَبَه القاضي لا يمنعُهم القاضي عن ذلك، ولا يجبُرُهم على أنْ يَسْتأجِروا [قَسّامًا؛ لأنّه لو فعَلَ ذلك لَعَلَّه لا يَرْضى إلاّ بأُجْرةٍ كثيرةٍ فيتضرَّرُ النّاسُ، وكذا لا يَتْرُكُ القَسّامينَ يَشترِكونَ] [١] في القسمِ [٢]؛ لِما قُلْنا.

ومنها: المُبالَغةُ في تَعْديلِ الأنْصِباءِ، والتّسويةُ بينَ السِّهامِ بأقصَى الإمكانِ؛ لِئَلاّ يدخلَ قُصورٌ في سَهْمٍ [٣]، ويَنْبَغي أنْ لا يَدَعَ حَقًّا بينَ شريكينِ غيرَ مقسومٍ من الطَّريقِ والمَسيلِ والشُّرْبِ، إلاّ إذا لم يُمْكِنْ، ويَنْبَغي أنْ لا يَضُمَّ نَصيبَ بعضِ الشُّرَكاءِ إلى بعضٍ إلاّ إذا رَضَوْا بالضَّمِّ؛ لأنّه يحتاجُ إلى القسمةِ ثانيًا، ويَنْبَغي أنْ لا يُدْخِلَ في قسمةِ الدّارِ ونحوِها الدَّراهمَ، إلاّ إذا كان لا يُمْكِنُ القسمةُ إلاّ كذلك؛ لأنّ مَحِلَّ القسمةِ المِلْكُ المشترَكُ، ولا شرْكةَ في الدَّراهمِ فلا يُدْخِلُها في القسمةِ إلاّ عند الضَّرورةِ، واللّه سبحانه وتعالى الموَفِّقُ.

ومنها: أنْ يُقْرِعَ بينَهم بعدَ الفراغِ من القسمةِ، ويَشترِطُ عليهم قَبولَ [٤] مَنْ خرج سَهْمُه أوّلاً فلَه هذا السَّهْمُ من هذا الجانِبِ من الدّارِ، ومَنْ خرج سَهْمُه بعدَه فلَه السَّهْمُ الذي يَليه هَكذا، ثُمّ يُقْرِعُ بينَهم؛ لا لأنّ القُرْعةَ يتعلَّقُ بها حُكْمٌ؛ بل لِتَطْييبِ النُّفوسِ؛ ولِوُرودِ السُّنّةِ بها؛ ولأنّ ذلك أنْفَى لِلتُّهْمةِ فكان سُنّةً، واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ [٣/ ٢٤٠ب].

وإذا قَسَمَ بأُجْرةٍ [٥] فأُجْرةُ القسمةِ على عَدَدِ الرُّءوسِ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله، وعندهما - رحمهما الله - على قدرِ الأنْصِباءِ.

وجه قولِهما: أنّ أُجْرةَ القسمةِ من مُؤناتِ المِلْكِ فيتقَدَّرُ بقدرِه [٦] كالنّفَقةِ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - أنّ الأُجْرةَ بمُقابلةِ العمَلِ، وعملُه في حَقِّ الكُلِّ على السَّواءِ فكانت الأُجْرةُ عليهم على السَّواءِ [٧]؛ وهذا لأنّ عملَه تمييزُ الأنْصِباءِ، والتّمييزُ عملٌ واحدٌ؛ لأنّ تمييزَ [٨] القليلِ من الكَثيرِ، هو بعَيْنِه تمييزُ الكَثيرِ من القليلِ،

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «القسمة».
(٣) في المخطوط: «قسمتهم».
(٤) في المخطوط: «فيقول».
(٥) في المخطوط: «بأجر».
(٦) في المخطوط: «بقدر الملك».
(٧) في المخطوط: «الاستواء».
(٨) في المخطوط: «عمل».

والتّفاوُتُ في شيءٍ واحدٍ مُحالٌ، وإذا لم يتفاوَتِ العمَلُ لا تَتَفاوَتُ الأُجْرةُ بخلافِ النّفَقةِ؛ لأنّها بمُقابَلةِ [(١)] المِلْكِ، والمِلْكُ يتفاوَتُ فهو الفرْقُ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

فصل [فيما يرجع إلى المقسوم له]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقسومِ له فأنواعٌ:

(منها): أنْ لا يَلْحَقَه ضرَرٌ في أحدِ نوعَيِ القسمةِ دونَ النّوْعِ الآخرِ.

وبيانُ ذلك أنّ القسمة نوعانِ:

قسمةُ جَبْرٍ: وهي التي يتوَلاّها القاضي، وقسمةُ رِضًا: وهي التي يَفْعَلُها الشُّرَكاءُ بالتّراضي، وكُلُّ واحدٍ منهما على نوعَيْنِ:

قسمةُ تفريقٍ، وقسمةُ جمْعٍ.

أمّا قسمةُ التّفْريقِ فنقولُ - وباللَّه تعالى التّوْفيقُ: إنّ الذي تُصادِفُه القسمةُ لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ:

إمّا أنْ يكونَ مِمّا لا ضرَرَ في تَبْعيضِه بالشَّريكينِ أصلاً بل لهما فيه مَنْفَعةٌ. وإمّا أنْ يكونَ مِمّا في تَبْعيضِه مَضرّةٌ، فإنْ كان مِمّا لا مَضرّة في تَبْعيضِه أصلاً بل فيه مَنْفَعةٌ لِلشَّريكينِ، كالمَكيلِ والموزونِ والعدَديِّ المُتَقارِبِ، فتجوزُ قسمةُ التّفْريقِ فيها قسمةَ جَبْرٍ، كما تجوزُ فيها قسمةُ الرّضا؛ لِتُحَقّقَ ما شُرِعَ له القسمةُ، وهو تكْميلُ مَنافعِ المِلْكِ. وإنْ كان مِمّا في تَبْعيضِه ضرَرٌ فلا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ:

إمّا أنْ يكونَ فيه ضرَرٌ بكُلِّ واحدٍ منهما. وإمّا أنْ يكونَ فيه ضرَرٌ بأحدِهما نَفْعٌ في حَقِّ الآخرِ، فإنْ كان في تَبْعيضِه ضرَرٌ بكُلِّ واحدٍ منهما فلا تجوزُ قسمةُ الجبْرِ فيه، وذلك نحوُ اللُّؤْلُؤةِ الواحدةِ والياقوتةِ والزُّمُرُّدةِ والثّوْبِ الواحدِ والسَّرْجِ والقَوْسِ والمُصْحَفِ الكَريمِ، والقَباءِ [(٢)] والجُبّةِ والخيْمةِ والحائطِ والحمّامِ والبيتِ الصّغيرِ والحانوتِ الصّغيرِ والرَّحَى والفرَسِ والجمَلِ والبقَرةِ والشّاةِ؛ لأنّ القسمةَ في هذه الأشياءِ قسمةُ إضْرارٍ بالشَّريكينِ جميعًا، والقاضي لا يَمْلِكُ الجبْرَ على الإضْرارِ، وكذلك النّهرُ والقَناةُ والعيْنُ والبِئْرُ؛ لِما

---

(١) في المخطوط: «مقابلة».

(٢) القباء: ثوب يلبس فوق الثياب، ويتمنطق به. انظر: معجم لغة الفقهاء (ص ٣٥٥).

قُلْنا فإنْ كان مع ذلك أرضٌ ؛ قُسِمَتِ الأرضُ وتُرِكَتِ البِئْرُ والقَناةُ على الشّرْكةِ . فأمّا إذا كانت أنْهارُ الأرَضينَ مُتَفرِّقةً أو عُيونًا أو آبارًا ؛ قُسِمَتِ الآبارُ والعُيونُ ؛ لأنّه لا ضرَرَ في القسمةِ ، وكذا البابُ والسّاحةُ والخشَبةُ إذا كان في قَطْعِهما ضررٌ فإنْ كانت الخشَبةُ كبيرةً يُمْكِنُ تَعْديلُ القسمةِ فيها من غيرِ ضرَرٍ ؛ جازَتْ ، وتجوزُ قسمةُ الرّضا في هذه الأشياءِ بأنْ يقتسِماها بأنْفُسِهما بتَراضيهما ؛ لأنّهما يَمْلِكانِ الإضْرارَ بأنْفُسِهما مع ما أنّ ذلك لا يخلو عن نوعِ نَفْعٍ ، وما لا تجري فيه القسمةُ لا يُجْبَرُ واحدٌ منهما على بيعِ حِصَّتِه [١] من صاحبِه عند عامّةِ العُلَماءِ .

وقال مالِكٌ - رحمه الله: إذا اختَصَما فيه ؛ باع القاضي وقَسَمَ الثّمنَ بينَهما .

والصّحيحُ قولُ العامّةِ ؛ لأنّ الجبْرَ على إزالةِ المِلْكِ غيرُ مشروعٍ .

وعلى هذا طريقٌ بينَ رجلينِ طَلَبَ أحدُهما القسمةَ وأبَى الآخرُ فإنْ كان يَسْتَقيمُ لِكُلِّ واحدٍ منهما طريقٌ نافِذٌ بعدَ القسمةِ يُجْبَرُ على القسمةِ ؛ لأنّ القسمةَ تقعُ تَحْصيلاً لِما شُرِعَتْ له - وهو تَكْميلُ مَنافعِ المِلْكِ - فيُجْبَرُ عليها ، وإنْ كان لا يَسْتَقيمُ لا يُجْبَرُ على القسمةِ ؛ لأنّها قسمةُ إضْرارٍ بالشَّريكينِ فلا يَليها القاضي إلاّ إذا كان لِكُلٍّ [واحدٍ] [٢] منهما في نَصيبِه من الدّارِ مَفْتَحٌ من وجهٍ آخرَ فيَقْسِمُ أيضًا ؛ لأنّ القسمةَ في هذه الصّورةِ لا تقعُ إضْرارًا ، ولو اقْتَسَما بأنْفُسِهما جازَتْ لِتَراضيهما بالضَّرَرِ .

وكذلك المَسيلُ المشترَكُ إذا طَلَبَ أحدُهما القسمةَ وأبَى الآخرُ . وإنْ كان بحالٍ لو قُسِمَ يُصيبُ كُلَّ واحدٍ منهما بعدَ القسمةِ قدرُ ما يَسيلُ ماؤُه ، أو كان له موضِعٌ آخرُ يُمْكِنُه التّسييلُ فيه يَقْسِمُ وإنْ لم يُمْكِنْ [٣] لم يَقْسِمْ ؛ لِما ذَكَرْنا في الطَّريقِ [٤] .

وعلى هذا إذا طَلَبَ أحدُهما مَفْتَحَ الدّارِ من غيرِ رَفْعِ الطَّريقِ ، وأبَى الآخرُ إلاّ برَفْعِ [٥] الطَّريقِ أنّه إنْ كان لِكُلٍّ واحدٍ منهما مَفْتَحٌ آخرُ يَفْتَحُه في نَصيبِه ؛ قَسَمَ بينَهما بغيرِ رَفْعِ [الطَّريقِ ؛ لأنّ ما هو المطلوبُ من القسمةِ - وهو تَكْميلُ مَنافعِ المِلْكِ في هذه القسمةِ - أوفَرُ وإنْ لم يكنْ رفع] [٦] بينَهما طريقًا وقَسَمَ الباقي [٧] ؛ لأنّه إذا لم يكنْ بينَهما مَفْتَحٌ

---

(١) في المخطوط : «نصيبه» .
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) في المخطوط : «يكن» .
(٤) في المخطوط : «الطريقين» .
(٥) في المخطوط : «رفع» .
(٦) ليست في المخطوط .
(٧) في المخطوط : «الثاني» .

كانت القسمةُ بغيرِ طريقٍ [فوقع] [١] تفويتًا للمَنْفَعةِ لا تَكْميلاً لها، فكانت إضْرارًا بهما [جميعًا] [٢] وهذا لا يجوزُ إلاّ إذا اقْتَسَما بأنْفسِهما بغيرِ طريقٍ فيجوزُ لِما قُلْنا.

ولو اختلَفا في سَعةِ الطَّريقِ وضيقِه جُعِلَ الطَّريقُ على قدرِ عَرْضِ بابِ الدّارِ وطولِه على أدْنَى ما يَكْفيها؛ لأنّ الطَّريقَ وُضِعَ للاستِطْراقِ، والبابُ هو الموضوعُ مَدْخَلاً إلى أدْنَى ما يَكْفي للاستِطْراقِ فيحكُمُ فيه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وعلى هذا إذا بَنَى رجلانِ في أرضِ رجلٍ بإذنِه، وطَلَبَ أحدُهما قسمةَ البِناءِ وأبَى الآخرُ، وصاحبُ الأرضِ غائبٌ؛ لم تُقْسَمْ؛ لأنّ الأرضَ المَبنيَّ عليها بينَهما شائعٌ بالإعارةِ أو بالإجارةِ، فلو قَسَمَ البِناءَ بينَهما لكان [٣] لِكُلِّ واحدٍ منهما سَبيلٌ في بعضِ نَصيبِ صاحبِه وفيه ضرَرٌ، فلا يُجْبَرُ على القسمةِ، ولو اقْتَسَما [٤] بالتّراضي جازَتْ، وكذا لو هَدَمَها وكانت الآلةُ بينَهما.

وعلى هذا زَرْعٌ بينَ رجلينِ في أرضٍ مملوكةٍ لهما؛ طَلَبَ أحدُهما قسمةَ الزَّرْعِ دونَ الأرضِ، فإنْ كان الزَّرْعُ قد بَلَغَ وسَنْبَلَ لا يَقْسِمُ؛ لِما ذَكَرْنا من قبلُ، ولو طَلَبا جميعًا لا يَقْسِمُ أيضًا؛ لأنّ المانِعَ هو الرِّبا وحُرْمةُ الرِّبَا لا تحتمِلُ الارتِفاعَ بالرّضا.

وإنْ كان الزَّرْعُ بَقْلاً فطَلَبَ أحدُهما لا يَقْسِمُ أيضًا؛ لأنّ الأرضَ مملوكةٌ لهما على الشّرْكةِ فلو قَسَمَ؛ لكان [٥] كُلُّ واحدٍ منهما بسَبيلٍ من القَطْعِ وفيه ضرَرٌ ولا جَبْرَ على الضَّرَرِ.

ولو اقْتَسَما بأنْفُسِهما وشرَطا القَطْعَ جازَتْ؛ لأنّهما رَضيا [٦] بالضَّرَرِ، ولو شرَطا التّرْكَ لم يجُزْ؛ لأنّ رَقَبةَ الأرضِ مشترَكةٌ بينَهما فكان شرطُ التّرْكِ منهما في القسمةِ (شرطًا لانتِفاعِ) [٧] كُلِّ واحدٍ منهما بمِلْكِ شريكِه، ومثلُ هذا الشّرطِ مُفْسِدٌ للبيعِ فكان مُفْسِدًا للقسمةِ؛ لأنّ فيها معنى البيعِ، وكذلك لو لم تَكُنِ الأرضُ مملوكةً لهما، وكانت في أيديهما بالإعارةِ أو بالإجارةِ، والزَّرْعُ بَقْلٌ لا تُقْسَمُ؛ لِما ذَكَرْنا، ولو اقْتَسَما بأنْفُسِهما جازَتْ بشرطِ القَطْعِ، ولا تجوزُ بشرطِ التّرْكِ كالبيعِ على ما ذكرنا.

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «كان».
(٤) في المخطوط: «اقتسماه».
(٥) في المخطوط: «كان».
(٦) في المخطوط: «تراضيا».
(٧) في المخطوط: «شرط الانتفاع من».

وكذلك طَلْعٌ بينَ رجلينِ طَلَبَ أحدُهما قسمةَ الطَّلْعِ دونَ النّخْلِ والأرضِ لم يَقْسِمْ؛ لِما ذَكَرْنا في الزَّرْعِ، ولو اقْتَسَما [١] بالتّراضي فإنْ شرَطا القَطْعَ جاز، وإنْ شرَطا التّرْكَ لم يجُزْ؛ لِما ذَكَرْنا في الزَّرْعِ. ولو تَرَكَه بعدَ القسمةِ بإذنِ صاحبِه فأدْرَكَ وقَلَعَ فالفضْلُ له طَيِّبٌ؛ لأنّه وإنْ حَصَلَ في مِلْكٍ مشترَكٍ لكنّه حَصَلَ بإذنِ شريكِه فلا يكونُ خَبيثًا، وإنْ لم يأذَنْ له يتصَدَّقُ بالفضْلِ؛ لِتَمَكُّنِ الخُبْثِ فيه فكان سَبيلُه التّصَدُّقَ.

هذا إذا كان شيئًا في تَبْعيضِه ضرَرٌ بكُلِّ واحدٍ من الشَّريكينِ، فأمّا إذا كان شيئًا في تَبْعيضِه ضرَرٌ بأحدِهما دونَ الآخرِ، كالدّارِ المشترَكةِ بينَ رجلينِ ولأحدِهما فيها شِقْصٌ قليلٌ فإنْ طَلَبَ صاحبُ الكَثيرِ القسمةَ قسم بالإجماع؛ لأنّ القسمةَ في حَقِّه مُفيدةٌ؛ لِوُقوعِها مُحَصِّلَةً لِما شُرِعَتْ له من تَكْميلِ مَنافعِ المِلْكِ، وفي حَقِّ [صاحبِ القليلِ] [٢] تقعُ منعًا له من الانتِفاعِ بنَصيبِه إذْ لا يَقْدِرُ صاحبُ القليلِ على الانتِفاعِ بنَصيبِه إلاّ بالانتِفاعِ بنَصيبِ (صاحبِ الكَثيرِ؛ لِقِلّةِ نَصيبِه) [٣] فكانت القسمةُ في حَقِّه منعًا له من الانتِفاعِ بنَصيبِ شريكِه فجازَتْ، وإنْ طَلَبَ صاحبُ القليلِ القسمةَ فقد ذكر الحاكِمُ الجليلُ في مُخْتَصَرِه أنّه يُقْسَمُ، وذكر القُدوريُّ - رحمه الله - أنّه لا يُقْسَمُ.

وجه ما ذكره الحاكم: أنّه لا ضرَرَ في هذه القسمةِ في حَقِّ صاحبِ الكَثيرِ، بل له فيه مَنْفَعةٌ فكان في الإباءِ مُتَعَنِّتًا فلا يُعْتَبَرُ إباؤُه، وصاحبُ القليلِ قد رَضِيَ بالضَّرَرِ حيث طَلَبَ القسمةَ فيُجْبَرُ على القسمةِ، كما إذا لم يكنْ في تَبْعيضِه ضرَرٌ بأحدِهما أصلاً بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ هناك تقعُ القسمةُ إضْرارًا بكُلِّ واحدٍ منهما ولم يوجدِ الرّضا بالضَّرَرِ، والقاضي لا يَمْلِكُ الجبْرَ على الإضْرارِ فهو الفرْقُ.

وجه ما ذكره القُدوريُّ - رحمه الله -: أنّ صاحبَ القليلِ مُتَعَنِّتٌ في طَلَبِ القسمةِ؛ لِكونِ القسمةِ ضرَرًا مَحْضًا في حَقِّه فلا يُعْتَبَرُ طَلَبُه، وقسمةُ الجبْرِ لم تُشْرَعْ بدونِ الطَّلَبِ، ولو اقْتَسَما بأنْفُسِهما جازَتْ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ صاحبَ القليلِ قد رَضِيَ بالضَّرَرِ بنفسِه ولا ضرَرَ فيه لِصاحبِ الكَثيرِ أصلاً فجازَتْ قسمتهما [٤].

وعلى هذا دارٌ بينَ شريكينِ قُسِمَتْ بينَهما، فأصابَ أحدَهما موضِعٌ بغيرِ طريقٍ شُرِطَ له

(١) في المخطوط: «اقتسماه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «صاحبه».
(٤) في المطبوع: «قسمَتُها».

في [٣/ ٢٤١ب] القسمةِ، فإنْ كان له فيما أصابَه مَفْتَحٌ إلى الطَّريقِ جازَتِ القسمةُ؛ لأنّه لا مَضرّةَ له فيها إذْ [لا] [١] يُمْكِنُه الانتِفاعُ بنَصيبِه بفَتْحِ طريقٍ آخرَ، وإنْ لم يكنْ له فيما أصابَه مَفْتَحٌ أصلاً [٢] فإنْ ذكر الحُقوقَ في القسمةِ؛ فلَه حَقُّ الاختيارِ في نَصيبِ صاحبِه؛ لأنّ الطَّريقَ من الحُقوقِ فصار مذكورًا بذكرِ الحُقوقِ، وإنْ لم يُذْكَرْ لم تجُزِ القسمةُ؛ لأنّها قسمةُ إضْرارٍ في حَقِّ أحدِ الشَّريكينِ.

وكذلك إذا قُسِمَتْ بغيرِ مَسيلٍ شُرِطَ لأحدِهما، ووَقَعَ المَسيلُ في نَصيبِ الآخرِ؛ فهو على التّفْصيلِ الذي ذَكَرْنا في الطَّريقِ.

ولو اقْتَسَما على أنْ لا طريقَ له، ولا مَسيلَ جازَتْ؛ لأنّه رَضيَ بالضَّرَرِ، واللّٰهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

وعلى هذا الأصلِ تخرُجُ قسمةُ الجمْعِ أنّه لا يُجْبَرُ عليها في جنسَيْنِ؛ لأنّها في الأجناس المُخْتَلِفةِ تقعُ إضْرارًا في حَقِّ أحدِهما فلا يُجْبَرُ عليها على ما سَنذكرُ - إنْ شاء اللّٰه تعالى.

هذا الذي ذَكَرْنا في قسمة التّفْريقِ. وأمّا قسمةُ الجمْعِ: فهي أنْ يجمع نَصيبَ كُلِّ واحدٍ من الشَّريكينِ في عَيْنٍ على حِدةٍ، وأنّها جائزةٌ في جنسٍ واحدٍ ولا تجوزُ في جنسَيْنِ؛ لأنّها عند اتِّحادِ الجنسِ تقعُ وسيلةً إلى ما شُرِعَتْ له - وهو تَكْميلُ مَنافعِ المِلْكِ - وعند اختلافِ الجنسِ تقعُ تفويتًا للمَنْفَعةِ لا تَكْميلاً لها.

(إذا عَرفْتَ) [٣] هذا، فنقولُ: لا خلافَ في أن الأمثال المُتَساوية، وهي المَكيلاتُ والموزوناتُ والعدَديّاتُ المُتَقارِبةُ من جنسٍ واحدٍ تُقْسَمُ قسمةَ جمْعٍ؛ لأنّه يُمْكِنُ استيفاءُ ما شُرِعَتْ له القسمةُ فيها من غيرِ ضرَرٍ؛ لانعِدامِ التّفاوُتِ، وكذلك تِبْرُ الذّهبِ وتِبْرُ النُّحاس وتِبْرُ الحديدِ؛ لِما قُلْنا، وكذلك الثّيابُ إذا كانت من جنسٍ [٤] واحدٍ كالهَرَويّةِ، وكذلك الإبِلُ والبقَرُ والغنَمُ؛ لأنّ التّفاوُتَ عند اتِّحادِ الجنسِ والمطلوبِ لا يتفاحَشُ بل يَقِلُّ.

والتّفاوُتُ القليلُ مُلْحَقٌ بالعدَمِ أو يُجْبَرُ بالقيمةِ فيُمْكِنُ تَعْديلُ القسمةِ فيه، وكذلك اللآلِئُ المُنْفَرِدةُ، وكذا اليَواقيتُ المُنْفَرِدةُ؛ لِما قُلْنا، وكذا [٥] لا خلافَ في أنّه لا يُقْسَمُ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «آخر».
(٣) في المخطوط: «وإذا عرف».
(٤) في المخطوط: «صنف».
(٥) في المخطوط: «وكذلك».

في جنسَيْنِ من المَكيلِ والموزونِ والمَذْروعِ والعدَديِّ قسمةُ جمْعٍ، كالحِنْطةِ والشَّعيرِ والقُطْنِ والحديدِ والجوْزِ واللَّوْزِ والثّيابِ البرْديّةِ والهروية والمرويّةِ، وكذلك اللآلِئُ واليَواقيتُ، وكذا الخيْلُ والإبِلُ والبقَرُ والغنَمُ، وكذا إذا كان من كُلِّ جنسٍ فرْدٌ كبِرْذَوْنٍ وجمَلٍ وبَقَرةٍ وشاةٍ وثوبٍ وقَباءٍ وجُبّةٍ وقَميصٍ ووِسادةٍ وبِساطٍ؛ لأنّ هذه الأشياءَ لو قُسِمَتْ على الجمْعِ كان لا يخلو من أحدِ الوجهَيْنِ: إمّا أنْ تُقْسَمُ باعتِبارِ أعيانِها، وإمّا أنْ تُقْسَمُ باعتِبارِ قيمَتِها بأنْ يَضُمَّ إلى بعضِها دراهمَ أو دَنانيرَ لا سَبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ فيه ضرَرًا بأحدِهما لِكَثْرةِ التّفاوُتِ عند اختلافِ الجنسِ، والقاضي لا يَمْلِكُ الجبْرَ على الضَّرَرِ، ولا سَبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّ ذلك قسمةٌ في غيرِ مَحِلِّها؛ لأنّ مَحِلَّها المِلْكُ المشترَكُ ولم يوجدْ في الدَّراهمِ.

ولو اقْتَسَما بأنْفُسِهما أو تَراضَيا على ذلك جازَتِ القسمةُ، حتّى لو اقْتَسَما ثوبينِ مُخْتَلِفَيِ القيمةِ وزادَ مع الأوكَسِ دراهمَ مُسَمّاةً جاز، وكذا في سائرِ المَواضِعِ، ويكونُ ذلك قسمةَ الرّضا لا قسمةَ القضاءِ، وكذا الأواني سواءٌ اختلفتْ أُصولُها أو اتَّحَدَتْ؛ لأنّها بالصِّناعةِ أخذتْ حُكْمَ جنسَيْنِ، حتّى جاز [١] بيعُ الأواني الصِّغارِ واحدًا باثنينِ.

وأمّا الرَّقيقُ فلا يُقْسَمُ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - قسمة جمْعٍ.

وعندهما [٢] يُقْسَمُ.

وجه قولِهما أنّ الرَّقيقَ على اختلافِ أوصافِها وقيمَتِها جنسٌ واحدٌ فاحتَمَلَ القسمةَ كسائرِ الحيَواناتِ من الإبِلِ والبقَرِ والغنَمِ، وما فيها من التّفاوُتِ يُمْكِنُ تَعْديلُه [٣] بالقيمةِ.

وجه قولِ أبي حنيفة: أنّه لم يوجدْ شرطُ جوازِ القسمةِ، وجوازُ التّصرُّفِ بدونِ شرطِ جوازِه مُحالٌ، وبيانُ ذلك على نحوِ ما ذَكَرْنا أنّا لو قَسَمْناها [٤] رِقًّا - باعتِبارِ أعيانِها - فقد أضْرَرْنا بأحدِهما (لِتَفاحُشِ التّفاوُتِ) [٥] بينَ عبدٍ وعبدٍ في المَعاني المطلوبةِ من هذا الجنسِ، فكانا في حُكْمِ جنسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، ومن شرطِ جوازِ هذه القسمةِ أنْ لا تَتَضَمَّنَ

---

(١) في المخطوط: «يجوز».

(٢) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله».

(٣) في المخطوط: «تعديده».

(٤) في المخطوط: «اقتسمنا».

(٥) في المخطوط: «لتفاوت فاحش فيها».

ضررًا بالمقسوم عليه، ولو قَسَمْناها [(١)] باعتبارِ [٣/ ٢٤٢أ] القيمةِ [(٢)] لَوَقَعَتِ القسمةُ في غيرِ مَحِلِّها؛ لأنّ مَحِلَّها المِلْكُ المشترَكُ ولا شرْكةَ في القيمةِ، والمَحَلّيّةُ من شرائطِ صِحّةِ التّصَرُّفِ فصَحّ ما ذَكَرْنا، ولو اقْتَسَما بأنْفُسِهما جاز لِتَراضيهما بالضَّرَرِ، وكذا لو كان مع الرَّقيقِ غيرُه قُسِمَ. كذا ذكره في كتابِ القسمةِ؛ لأنّه إنْ كان لا يحتملُ القسمةَ مقصودًا فيُجْعَلُ تَبَعًا لِما يحتملُها فيُقْسَمُ بطريقِ التّبَعيّةِ، كالشُّرْبِ والطَّريقِ أنّه لا يجوزُ بيعُهما مقصودًا، ثُمّ يدخلانِ في البيعِ تَبَعًا لِلنّهرِ والأرضِ، كذا هذا.

وذكر الجصّاصُ أنّ المذكورَ في الأصلِ مَحْمولٌ على قسمةِ الرّضا. وأمّا قسمةُ القضاءِ فلا تجوزُ، وإنْ كان مع غيرِه؛ لأنّ غيرَ المقسومِ ليس تَبَعًا للمقسومِ بل هو أصلٌ بنفسِه - بخلافِ الشُّرْبِ والطَّريقِ -، وكذلك الدّورُ عند أبي حنيفةَ لا تُقْسَمُ قسمةَ جمْعٍ حتّى لو كان بينَ رجلينِ دارانِ تُقْسَمُ كُلُّ واحدةٍ على حِدَتِها، سواءٌ كانتا مُنْفَصِلَتَيْنِ أو مُتَلاصِقَتَيْنِ، وعندهما [(٣)] يَنْظُرُ القاضي في ذلك إنْ كان الأعدَلُ في الجمْعِ جمع، وإنْ كان الأعدَلُ في التّفْريقِ فرّقَ.

وكذا لو كان بينَهما أرضانِ أو كرْمانِ فهو على الاختلافِ [(٤)]. وأمّا البيتانِ فيُقْسَمانِ قسمةَ جمْعٍ إجماعًا [(٥)] مُتَّصِلينِ كانا أو مُنْفَصِلينِ، وكذا المنزلانِ المُتَّصِلانِ. وأمّا المُنْفَصِلانِ في دارٍ واحدةٍ فعلى الخلافِ.

وجه قولِهما: أنّ الدّورَ كُلَّها جنسٌ واحدٌ، والتّفاوُتُ الذي بينَ الدّارَيْنِ يُمْكِنُ تَعْديلُه بالقيمةِ فيُفَوّضُ إلى رأيِ القاضي إنْ رأى الأعدَلَ في التّفْريقِ فرّقَ، وإنْ رأى الأعدَلَ في الجمْعِ جمع.

ولأبي حنيفةَ - رحمه اللّه - على نحوِ ما ذَكَرْنا في الرَّقيقِ أنّ القسمةَ فيها باعتِبارِ أعيانِها، ويَقَعُ ضرَرُ التّفاوُتِ مُتَفاحشًا بينَ دارٍ ودارٍ؛ لاختلافِ الدّورِ في أنْفُسِها واختلافُها باختلافِ البِناءِ والبِقاعِ، فكانا في حُكْمِ جنسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، والقسمةُ فيها باعتِبارِ القيمةِ تقعُ تَصَرُّفًا في غيرِ مَحِلِّه فلا يصحُّ.

---

(١) في المخطوط: «اقتسمناها».
(٢) في المخطوط: «قيمتها».
(٣) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٤) في المخطوط: «هذا الخلاف».
(٥) في المخطوط: «بالإجماع».

ولو اقْتَسَما بأنْفُسِهما أو بالقاضي بتَراضيهما جاز؛ لِما مَرَّ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

وأمّا دارٌ وضيعةٌ أو دارٌ وحانوتٌ فلا تُجْمَعُ بالإجماعِ، بل يَقْسِمُ كُلَّ واحدةٍ على حِدةٍ [(١)]؛ لاختلافِ الجنسِ.

ومنها: الطَّلَبُ في أحدِ نوعَي القسمةِ - وهو قسمةُ الجبْرِ - حتّى أنّه لو لم يوجدِ الطَّلَبُ من أحدِ الشُّرَكاءِ أصلاً لم تجُزِ القسمةُ؛ لأنّ القسمةَ من القاضي تَصَرُّفٌ في مِلْكِ الغيرِ والتّصَرُّفُ في مِلْكِ الغيرِ من غيرِ إذنِه مَحْظورٌ في [(٢)] الأصلِ، إلاّ أنّه عند طَلَبِ البعضِ يَرْتَفِعُ الحظْرُ؛ لأنّه إذا طَلَبَ عُلِمَ أنّه له في استيفاءِ [(٣)] هذه الشَّرِكةِ ضررًا، إذْ لو كان الطَّلَبُ لِتَكْميلِ المَنْفَعةِ لِطَلَبِ صاحبِه، وكان عليه أنْ يَمْتَنِعَ من الإضْرارِ ديانةً، فإذا أبَى [القسمةَ] [(٤)]، عُلِمَ أنّه لا يَمْتَنِعُ فيَدْفَعُ القاضي ضرَرَه بالقسمةِ، فكانت القسمةُ في هذه الصّورةِ من بابِ دَفْعِ الضَّرَرِ، والقاضي نُصِبَ له.

ونَظيرُه الشُّفْعةُ، فإنّ الشَّفيعَ يتمَلَّكُ الدّارَ على المشتري بالشُّفْعةِ من غيرِ رِضًا دَفْعًا لِضرَرِه؛ لأنّه لَمّا طَلَبَ الشُّفْعةَ عُلِمَ أنّه يتضرَّرُ بجِواره فالشّرعُ دَفَعَ ضرَرَه عنه [(٥)] بإثباتِ حَقِّ التّمليكِ بالشُّفْعةِ جَبْرًا عليه، كذا هذا.

ومنها الرّضا في أحدِ نوعَيِ القسمةِ، وهو رضا الشُّرَكاءِ فيما يَقْسِمونَه [(٦)] بأنْفُسِهم إذا كانوا من أهلِ الرّضا، أو رضا مَنْ يقومُ مَقامهم، إذا لم يكونوا من أهلِ الرّضا فإنْ لم يوجدْ لا يصحُّ، حتّى لو كان في الورَثةِ صَغيرٌ لا وصيَّ له، أو كبيرٌ غائبٌ، فاقْتَسَموا؛ فالقسمةُ [(٧)] باطِلةٌ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ القسمةَ فيها معنى البيعِ، وقسمةُ الرّضا [(٨)] أشبَه بالبيعِ، ثُمّ لا يَمْلِكونَ البيعَ إلاّ بالتّراضي، فكذا القسمةُ، إلاّ إذا لم يكونوا من أهلِ الرّضا كالصِّبْيانِ والمَجانينَ فيَقْسِمُ الوليُّ أو الوصيُّ إذا كان [(٩)] في القسمةِ مَنْفَعةٌ لهم؛ لأنّهما يَمْلِكانِ البيعَ فيَمْلِكانِ القسمةَ.

---

(١) في المخطوط: «حدته».
(٢) في المخطوط: «من».
(٣) في المخطوط: «استبقاء».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «عنها».
(٦) في المخطوط: «يقتسمونه».
(٧) في المخطوط: «فقسمتهم».
(٨) في المخطوط: «التراضي».
(٩) في المخطوط: «كانت».

وكذا إذا كان فيهم صَغيرٌ وله وليٌّ، أو وصيٌّ، يقتسِمونَ برضا الوليِّ أو الوصيِّ، فإنْ لم يكنْ نَصَبَ القاضي عن الصّغيرِ وصيًّا، واقْتَسَموا برضاه فإنْ أبَى تَرافَعوا إلى القاضي، حتّى يَقْسِمَ بينَهم.

ومنها: حَضْرةُ الشُّرَكاءِ أو مَنْ يقومُ مَقامهم في نوعَيِ القسمةِ، حتّى لو كان فيهم كبيرٌ غائبٌ لا تجوزُ القسمةُ [(١)] أصلاً ولا يَقْسِمُ القاضي أيضًا إذا لم يكنْ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ ولكنّه لو قَسَمَ [(٢)] لا تُنْقَضُ قسمَتُه؛ لأنّه صادَفَ مَحِلَّ الاجتِهادِ [٣/ ٢٤٢ب] (فلا يُنْقَضُ) [(٣)].

ومنها: البيِّنةُ في قسمةِ القضاءِ في الإقرارِ بميراثِ العقارِ [(٤)] عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - وعندهما ليستْ بشرطٍ ويَقْسِمُ بإقرارِهم فنقولُ:

جُمْلةُ الكَلامِ في بيانِ هذَيْنِ الشّرطَيْنِ: أنّ جماعةً إذا جاءوا إلى القاضي، وهم عُقَلاءُ بالِغونَ أصِحّاءُ في أيديهم مالٌ، فأقَرّوا أنّه مِلْكُهم، وطَلَبوا القسمةَ من القاضي فهذا لا يخلو في الأصلِ من أحدِ وجهَيْنِ: إمّا أنْ يُقِرّوا بالمِلْكِ مُطْلَقًا عن ذِكْرِ سببٍ، وإمّا أنْ يُقِرّوا بالمِلْكِ بسببٍ ادَّعَوْا انتِقال المِلْكِ به من أحدٍ، وكُلُّ وجهٍ على وجهَيْنِ: إمّا أنْ يكونَ المالُ الذي في أيديهم مَنْقولاً، وإمّا أنْ يكونَ عَقارًا، فإنْ أقَرّوا بالمِلْكِ مُطْلَقًا عن سببِ الانتِقالِ قَسَمَ بإقرارِهم، ويَذْكُرُ [في الإشْهادِ] [(٥)] في كتابِ الصّكِّ أنّي قَسَمْتُ بإقرارِهم ولم أقضِ فيه على أحدٍ. ولا يَطْلُبُ منهم [(٦)] البيِّنةَ على أصلِ المِلْكِ مَنْقولاً كان المالُ أو عَقارًا، إذا لم يكنْ فيهم كبيرٌ غائبٌ؛ لأنّه وُجِدَ دليلُ المِلْكِ وهو اليَدُ والإقرارُ من غيرِ مُنازِعٍ، ولا دعوى انتِقالِ المِلْكِ من أحدٍ إليه، فإنْ كان فيهم كبيرٌ غائبٌ لم يَقْسِمْ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ حَضْرةَ الشُّرَكاءِ أو مَنْ يقومُ مَقامهم شرطٌ ولم يوجدْ؛ لأنّ الخُصومَ في هذا الموضِعِ لا يَصْلُحونَ خَصْمًا عن الغائبِ.

وإنْ أقَرّوا بالمِلْكِ بسببِ الميراثِ بأنْ قالوا: هو [بينَنا] [(٧)] ميراثٌ عن فُلانٍ فإنْ كان المالُ مَنْقولاً؛ قُسِمَ بينَهم بإقرارِهم بالإجماعِ، ولا تُطْلَبُ منهم البيِّنةُ، وإنْ كان فيهم كبيرٌ

---

(١) في المخطوط: «قسمتهم».
(٢) في المخطوط: «فعل».
(٣) في المخطوط: «فينفذ».
(٤) في المطبوع: «الإقرار».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «منه».
(٧) ليست في المخطوط.

غائبٌ بعدَ أنْ كان الحاضِرانِ اثنينِ كبيرَيْنِ أو أحدُهما صَغيرٌ قد نُصِبَ عنه وصيٌّ، وإنْ كان المالُ عَقارًا فلا يُقْسَمُ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - حتّى يُقيموا البيِّنةَ على موتِ فُلانٍ وعلى عَدَدِ الورَثةِ، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - يُقْسَمُ بينَهم بإقرارِهم، ويُشْهِدُ على ذلك في الصّكِّ.

وجه قولِهما: أنّ مَحلَّ قسمةِ المِلْكِ المشترَكِ وقد وُجِدَ لِوُجودِ دليلِ المِلْكِ - وهو اليَدُ والإقرارُ بالإرْثِ [(١)] - من غيرِ مُنازِعٍ فصادَفَتِ القسمةُ مَحِلَّها فيَقْسِمُ، ويَكْتُبُ أنّه قَسَمَ بإقرارِهم كما في المَنْقولِ؛ ولأنّ البيِّنةَ إنّما تُقامُ على مُنْكِرٍ، والكُلُّ مُقِرّونَ فعلى مَنْ تُقامُ البيِّنةُ؟.

وجه قولِ ابي حنيفة: أنّ هذه قسمةٌ صادَفَتْ حَقَّ المَيِّتِ بالإبطالِ فلا تَصِحُّ إلاّ ببَيِّنةٍ كدعوى الاستحقاقِ على المَيِّتِ.

وبيانُ ذلك أنّ الدّارَ قبل القسمةِ مُبْقاةٌ على حُكْمِ مِلْكِ المَيِّتِ، بدليلِ أنّ الزَّوائدَ الحادِثةَ قبل القسمةِ تَحْدُثُ على مِلْكِه، حتّى لو كانت التّركةُ شَجَرةً فأثمَرَتْ كان الثّمرُ له حتّى تُقْضَى منه دُيونُه، وتَنْفُذُ منه وصاياه، فكانت القسمةُ تَصَرُّفًا على مِلْكِه بالإبطالِ فلا يجوزُ إلاّ ببَيِّنةٍ بخلافِ المَنْقولِ؛ لأنّ القسمةَ ليس قَطْعًا لِحَقِّ المَيِّتِ بل هي حِفْظُ حَقِّ المَيِّتِ؛ لأنّ المَنْقولَ مُحْتاجٌ إلى الحِفْظِ والقسمةُ نوعُ حِفْظٍ له. وأمّا العقارُ فمُسْتَغْنٍ عن الحِفْظِ، فبَقِيَتْ قسمَتُه قَطْعًا لِحَقِّه فلا يَمْلِكُ إلاّ ببَيِّنةٍ.

وامّا قولُهما: لا مُنْكَرٌ ههنا فعلى مَنْ تُقامُ البيِّنةُ؟ قُلْنا: تُقامُ على بعضِ الورَثةِ من البعض، وإنْ كانوا مُقِرّينَ - وذلك جائزٌ - كالأبِ أو الوصيِّ إذا أقَرّا على الصّغيرِ لا يصحُّ إقرارُه إلاّ بالبيِّنةِ ولا مُنْكِرَ ههنا، كذا هذا.

هذا إذا أقَرّوا بالمِلْكِ بسببِ الإرْثِ، فإنْ أقَرّوا به بسببِ الشّراءِ من فُلانٍ الغائبِ فإنْ كان المالُ مَنْقولاً قُسِمَ [بينَهم] [(٢)] بإقرارِهم بلا خلافٍ، وإنْ كان عَقارًا ذكر في ظاهرِ الرّوايةِ أنّه يَقْسِمُ بإقرارِهم ولا تُطْلَبُ منهم البيِّنةُ على الشّراءِ من فُلانٍ، وفَرّقَ بينَ الشّراءِ وبينَ الميراثِ.

---

(١) في المخطوط: «بالورثة».
(٢) ليست في المخطوط.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه لا يَقْسِمُ إلاّ بالبيِّنةِ كالميراثِ. وجه هذه الرّوايةِ أنّهم لَمّا أقرّوا أنّهم مَلَكوه بالشّراءِ من فُلانٍ فقد أقرّوا بالمِلْكِ له، وادَّعَوْا الانتِقال إليهم من جِهَتِه، فإقرارُهم مُسَلَّمٌ ودعواهم ممنوعةٌ ومُحْتاجةٌ إلى الدَّليلِ وهو البيِّنةُ.

وجه ظاهرِ الرّوايةِ: وهو الفرْقُ بينَ الشّراءِ وبينَ الميراثِ أنّ امتناعَ القسمةِ في المَواريثِ بنفسِ الإقرارِ لِما يتضَمَّنُ من إبطالِ حَقِّ المَيِّتِ، وذلك مُنْعَدِمٌ في بابِ البيعِ إذْ لا حَقَّ باقٍ للبائعِ في المبيعِ بعدَ البيعِ والتّسليمِ؛ فصادَفَتْ [القسمة] [1] مَحِلَّها فصَحَّتْ، هذا إذا لم يكنْ في الورَثةِ كبيرٌ غائبٌ أو صَغيرٌ حاضِرٌ، فإنْ كان فأقَرّوا بالميراثِ فلا يُشْكِلُ، عند أبي حنيفةَ [٣/ ٢٤٣أ] رضي الله عنه أنّه لا يَقْسِمُ بإقرارِهم؛ لأنّه لا يَقْسِمُ بينَ الكِبارِ الحُضورِ فكيفَ يَقْسِمُ ههنا؟ وأمّا عندهم [2] فيَنْظُرُ إنْ كانت الدّارُ في يَدِ الكِبارِ الحُضورِ يَقْسِمُ بينَهم؛ لِما بَيَّنّا، ويَضَعُ حِصّةَ [3] الغائبِ على يَدِ عَدْلٍ يحفظُه؛ لأنّ بعضَ الورَثةِ خَصْمٌ من [4] البعضِ، ويَنْصِبُ عن الصّغيرِ وصيًّا، وإنْ كانت الدّارُ في يَدِ الغائبِ الكَبيرِ أو في يَدِ الحاضِرِ الصّغيرِ أو في أيديهما منها شيءٌ؛ لا يَقْسِمُ حتّى تَقومَ البيِّنةُ على الميراثِ وعَدَدِ الورَثةِ بالإجماعِ. لأنّه إذا كان في يَدِه من الدّارِ شيءٌ فالحاجةُ إلى استحقاقِ ذلك من يَدِه، فلا يصحُّ إلاّ ببَيِّنةٍ هذا إذا لم تَقُمِ البيِّنةُ على ميراثِ العقارِ، فأمّا إذا قامتِ البيِّنةُ عليه وطَلَبوا القسمةَ فإنّه يَنْظُرُ: إنْ كان الحاضِرُ اثنينِ فصاعِدًا والغائبُ واحدًا أو أكثرَ وفيهم صَغيرٌ حاضِرٌ؛ فإنّه يَقْسِمُ ويَعْزِلُ نَصيبَ كُلِّ كبيرٍ وصَغيرٍ، فيوكِّلُ وكيلاً يحفَظُه، بخلافِ المِلْكِ المُطْلَقِ إذا حَضرَ شريكانِ وشريكٌ غائبٌ؛ أنّه لا يَقْسِمُ.

ووجه الفرْقِ: ما ذَكَرْنا أنّ قسمةَ العقارِ تَصرُّفٌ على المَيِّتِ وقضاءٌ عليه بقَطْعِ حَقِّه عن التّركةِ، وكُلُّ واحدٍ من الورَثةِ قائمٌ مَقامَ المَيِّتِ فيما له وعليه؛ ولهذا يَرُدُّ كُلَّ واحدٍ منهم بالعيْبِ، ويَرُدُّ عليه فإذا كان الحاضِرُ اثنينِ فصاعِدًا أمكَنَ أنْ يجعلَ أحدَهما خَصْمًا عن المَيِّتِ في القضاءِ عليه، والآخرَ مقضيًّا له فتَصِحُّ القسمةُ، وإنْ كان الحاضِرُ واحدًا والباقونَ غُيَّبًا لم يَقْسِمْ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ هو خَصْمًا عن المَيِّتِ حتّى تُسْمع البيِّنةُ عليه؛ لاستِحالةِ كونِ الشّخْصِ الواحدِ في زَمانٍ واحدٍ بجِهةٍ واحدةٍ مقضيًّا له و [مقضيًّا] [5] عليه.

---

(١) زيادة من المخطوط..

(٢) في المخطوط: «عندهما».

(٣) في المخطوط: «نصيب».

(٤) في المخطوط: «عن».

(٥) زيادة من المخطوط.

وإنْ كان مع الحاضِرِ وارثٌ صَغيرٌ نَصَبَ القاضي عنه وصيًّا وقَسَمَ؛ لأنّ القسمةَ ههنا مُمْكِنةٌ؛ لِوُجودِ مُتَقاسمَيْنِ حاضِرَيْنِ، وإذا قَسَمَ القاضي المَنْقولَ - بينَ الورَثةِ بإقرارِهم - أو العقارَ - بالبيِّنةِ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - وفيهم كبيرٌ غائبٌ فعَزَلَ نَصيبَه ووَضَعَه على يَدَيْ عَدْلٍ، ثُمّ حَضرَ الغائبُ فإنْ أقَرَّ كما أقَرّوا أولَئِك، فقد مضى الأمرُ، وإنْ أنْكَرَ تُرَدُّ القسمةُ في المَنْقولِ بالإجماعِ.

وكذلك في العقارِ عند أبي يوسفَ ومحمّدٍ، وعند أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - في العقارِ لا تُرَدُّ القسمةُ؛ لأنّ القسمةَ المَبنيّةَ على البيِّنةِ قد تَقَدَّمَتْ على الغائبِ فلا يُعْتَبَرُ إنْكارُه.

ولو كانت الدّارُ ميراثًا وفيه وصيّةٌ بالثُّلُثِ وبعضُ الورَثةِ غائبٌ، فطَلَبَ الموصَى له بالثُّلُثِ القسمةَ بعدَما أقام البيِّنةَ على الميراثِ والثُّلُثِ قَسَمَ؛ لأنّ الموصَى له بمنزلةِ واحدةٍ من الورَثةِ، فإذا كان معه وارثٌ حاضِرٌ فكأنّه حَضرَ اثنانِ من الورَثةِ، ولو كان كذلك؛ قَسَمَ وإنْ كان الباقونَ غَيْبًا، كذا هذا [1] واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

ومنها: أنْ يكونَ المقسومُ عليه مالِكًا للمقسومِ وقتَ القسمةِ، وهو أنْ يكونَ له فيه مِلْكٌ فإنْ لم يكنْ، لم تجزِ القسمةُ؛ لِما سَنذكرُه إنْ شاء اللّه تعالى.

فصل [فيما يرجع إلى المقسوم]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقسومِ فواحدٌ وهو أنْ يكونَ المقسومُ مملوكًا للمقسومِ له وقتَ القسمةِ، فإنْ لم يكنْ لا تجوزُ القسمةُ؛ (لأنّ القسمةَ) [2] إفْرازُ بعضِ الأنْصِباءِ، ومُبادَلةُ البعضِ، وكُلُّ ذلك لا يصحُّ إلاّ في المملوكِ، وعلى هذا إذا استُحِقَّتِ العيْنُ المقسومةُ تُبْطَلُ القسمةُ في الظّاهرِ، وفي الحقيقةِ تبَيَّنَ [3] أنّها لم تَصِحَّ، ولو استُحِقَّ شيءٌ منها تُبْطَلُ في القدرِ المُسْتَحَقِّ، ثُمّ قد تُسْتأنَفُ القسمةُ وقد لا تُسْتأنَفُ، ويَثْبُتُ الخيارُ وقد لا يَثْبُتُ.

وبيانُ هذه الجُملةِ: أنّه إذا ورَدَ الاستحقاقُ على المقسومِ لا يخلو الأمرُ فيه من أحدِ

---

(١) في المخطوط: «ههنا». (٢) في المخطوط: «لأنه».
(٣) في المخطوط: «يتبين».

وجهَيْنِ: إمّا أنْ ورَدَ على كُلِّه، وإمّا أنْ ورَدَ على جُزْءٍ، فإنْ ورَدَ على كُلِّ المقسومِ تَبْطُلُ القسمةُ، وفي الحقيقةِ لم تَصِحَّ من الأصلِ؛ لانعِدامِ شرطِ الصِّحّةِ - وهو المِلْكُ المشترَكُ - فتُسْتأنَفُ القسمةُ، وإنْ ورَدَ على جُزْءٍ من المقسومِ لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ أيضًا: إمّا أنْ ورَدَ على جُزْءٍ شائعٍ منه وإمّا أنْ ورَدَ على جُزْءٍ مُعَيَّنٍ من أحدِ النّصيبينِ، فإنْ ورَدَ على جُزْءٍ شائعٍ لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ أيضًا: إمّا أنْ ورَدَ على جُزْءٍ شائعٍ من النّصيبينِ جميعًا، وإمّا أنْ ورَدَ على جُزْءٍ شائعٍ من أحدِ النّصيبينِ دونَ الآخرِ، فإنْ ورَدَ [الآخرُ] (١) على جُزْءٍ شائعٍ من النّصيبينِ جميعًا. كالدّارِ [٣/ ٢٤٣ب] المشترَكةِ بينَ رجلينِ نصفَيْنِ، اقْتَسَماها فأخذَ أحدُهما ثُلُثًا من مُقَدَّمِها، وأخذ الآخرُ ثُلُثَيْنِ من مُؤَخَّرِها، وقيمَتُها سواءٌ بأنْ كانت قيمةُ كُلِّ واحدٍ منهما سِتّمائةِ درهم مَثَلًا فاستَحَقَّ نصفَ الدّارِ فاستأنَفَ القسمةَ بالإجماعِ؛ لأنّه بالاستحقاقِ تَبيَّنَ أنّ نصفَ الدّارِ شائعًا مِلْكُ المُسْتَحَقِّ، فتَبيَّنَ أنّ القسمةَ لم تَصِحَّ في النّصفِ الشّائعِ، وذلك غيرُ معلومٍ فبَطَلَتِ القسمةُ أصلًا، وإنِ استَحَقَّ نصفَ نَصيبِ صاحبِ المُقَدَّمِ شائعًا تُسْتأنَفُ القسمةُ أيضًا عند أبي يوسفَ - رحمه الله؛ لأنّه ظَهَرَ أنّ المُسْتَحَقَّ شريكُهما في الدّارِ فظَهَرَ أنّ قسمَتَهما لم تَصِحَّ دونَه، فتُسْتأنَفُ القسمةُ، كما إذا ورَدَ الاستحقاقُ على نصفِ الدّارِ شائعًا. وعند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ - عليهما الرَّحْمة - له الخيارُ إنْ شاء أمسَك ما في يَدِه ورجع بباقي حِصَّتِه وهو مثلُ ما استَحَقَّ في نَصيبِ الآخرِ، وإنْ شاء فسخ القسمةَ؛ لأنّ بالاستحقاقِ ظَهَرَ أنّ القسمةَ لم تَصِحَّ في القدرِ المُسْتَحَقِّ لا فيما وراءه؛ لأنّ المانِعَ من الصِّحّةِ انعِدامُ المِلْكِ، وذلك في القدرِ المُسْتَحَقِّ لا في ما وراءه، وليس من ضرورةِ انعِدامِ الصِّحّةِ في القدرِ المُسْتَحَقِّ انعِدامُها في الباقي.
لأنّ معنى القسمةِ - وهو الإفْرازُ والمُبادَلةُ - لم يَنْعَدِمْ باستحقاقِ هذا القدرِ في الباقي فلا (٢) تُبْطَلُ القسمةُ في الباقي، بخلافِ ما إذا استَحَقَّ نصفَ الدّارِ شائعًا؛ لأنّ هناك وإنْ ورَدَ الاستحقاقُ على النّصفِ فأوجَبَ بُطْلانَ القسمةِ فيه مقصودًا، لكنْ من ضرورتِه بُطْلانُ القسمةِ في الباقي؛ لانعِدامِ معنى القسمةِ في الباقي أصلًا، وههنا لم يَنْعَدِمْ فلا تُبْطَلُ، لكنْ يَثْبُتُ الخيارُ إنْ شاء رجع بباقي حِصَّتِه في نَصيبِ شريكِه وذلك مثلُ نصفِ المُسْتَحَقِّ؛ لأنّ القدرَ المُسْتَحَقَّ من النّصيبينِ جميعًا، فيرجعُ عليه بذلك [إن شاء] (٣) وهو رُبْعُ نَصيبِه إنْ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ولا».
(٣) زيادة من المخطوط.

شاء، وإنْ شاء فسخ القسمةَ؛ لاختلافِ [(١)] معناها ولِدُخولِ عَيْبِ الشَّرِكةِ، إذِ الشَّرِكةُ في الأعيانِ المُجْتَمَعةِ عَيْبٌ، والعيْبُ يُثْبِتُ الخيارَ.

وذكر الطَّحاويُّ - رحمه الله - الخلافَ في المسألةِ بينَ أبي حنيفةَ وصاحبيه، ولو كان [صاحبُ] [(٢)] المُقَدَّمِ باع نصفَ ما في يَدِه واستَحَقَّ النّصفَ الباقي فإنّه يرجعُ على صاحبِه برُبْعِ ما في يَدِه عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعند أبي يوسفَ يَغْرَمُ نصفَ قيمةِ ما باع لِشريكِه ويَضُمُّه إلى ما في يَدِ شريكِه ويقتسِمانِ نصفَيْنِ.

وجه قولِ ابي يوسفَ: ما بَيّنّا أنّ بالاستحقاقِ ظَهَرَ أنّ القسمةَ لم تَصِحَّ أصلاً وأنّ البيعَ كان فاسدًا فيضمنُ نصفَ قيمةِ ما باع شريكُه [(٣)]، ثُمّ يقتسِمانِ الباقي نصفَيْنِ.

وجه قولِهما: ما ذَكَرْنا في المسألةِ المُقَدَّمةِ [(٤)]، إلاّ أنّ هنا لا يَثْبُتُ خيارُ الفسخِ؛ لِمانِعٍ وهو البيعُ فيرجعُ على صاحبِه برُبْعِ ما في يَدِه، ولو استَحَقَّ نصفَ مُعَيَّنٍ من أحدِ النّصيبينِ لا تَبْطُلُ القسمةُ بالإجماعِ؛ لِما ذَكَرْنا في المَسائلِ المُتَقَدِّمةِ بل أولى؛ لأنّ الاستحقاقَ ههنا ورَدَ على جُزْءٍ مُعَيَّنٍ، فلا يَظْهَرُ أنّ المُسْتَحَقَّ كان شريكًا لهما فلا تَبْطُلُ القسمةُ لكنْ يَثْبُتُ الخيارُ، والمُسْتَحَقُّ [(٥)] عليه إنْ شاء نَقَض القسمةَ؛ لأنّ الاستحقاقَ أوجَبَ انتِقاضَ المعقودِ عليه، والانتِقاضُ في الأعيانِ المُجْتَمَعةِ عَيْبٌ، فيَثْبُتُ الخيارُ، وإنْ شاء رجع على صاحبِه برُبْعِ ما في يَدِه؛ لِما بَيّنّا أنّ القدرَ المُسْتَحَقَّ من النّصيبينِ جميعًا، ولو استَحَقَّ كُلَّ ما في يَدِه لَرجع عليه بالنّصفِ فإذا استَحَقَّ النّصفَ يرجعُ بالرُّبْعِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وعلى هذا مائةُ شاةٍ بينَ رجلينِ اقْتَسَماها، فأخذ أحدُهما أربعينَ تُساوي خمسَمائةِ درهمٍ، وأخذ الآخرُ سِتّينَ تُساوي خمسَمائةِ درهمٍ فاستُحِقَّتْ شاةٌ من الأربعينَ تَساوي عشرةَ دراهمَ لم تَبْطُلِ القسمةُ بالإجماعِ؛ لأنّه تَبَيَّنَ أنّ القسمةَ صادَفَتِ المملوكَ فيما وراءَ القدرِ المُسْتَحَقِّ، والمُسْتَحَقُّ مُعَيَّنٌ فلا تَظْهَرُ الشَّرِكةُ هنا أصلاً، فلا تَبْطُلُ القسمةُ، ولكنْ يرجعُ على شريكِه بحَقِّه وهو خمسةُ دراهمَ؛ لأنّ المُسْتَحَقَّ من النّصيبينِ جميعًا [عشرةٌ

---

(١) في المخطوط: «لاختلال».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لشريكه».
(٤) في المخطوط: «المتقدمة».
(٥) في المخطوط: «للمستحق».

دراهمَ] [١]، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

كُرُّ حِنطةٍ بينَ رجلينِ نصفين عشرةٌ منه [٢] طَعامٌ جَيِّدٌ، وثلاثونَ رَديءٌ فاقْتَسَماه، فأخذ أحدُهما عشرةَ أقفِزةٍ جَيِّدةً وثوبًا، وأخذ الآخرُ ثلاثينَ رَديئًا، حتّى جازَتِ القسمةُ فاستَحَقَّ [٣] [٣/ ٢٤٤أ] من الثّلاثينَ عشرةَ أقفِزةٍ، يرجعُ على صاحبِه بنصفِ الثّوْبِ استحسانًا، والقياسُ ما ذكره في [٤] الزّياداتِ أنّه يرجعُ عليه بثُلُثِ الثّوْبِ وثُلُثِ الطَّعامِ الجيِّدِ.

ووجهُه: أنّ الاستحقاقَ ورَدَ على عشرةٍ شائعةٍ في الثّلاثينَ، فكان المُسْتَحَقُّ في الحقيقةِ من كُلِّ عشرةٍ ثُلُثَها، وذلك يوجِبُ الرُّجوعَ بثُلُثِ الطَّعامِ الجيِّدِ.

وجه الاستحسانِ: أنّ طريقَ جوازِ هذه القسمةِ أنْ تكونَ العشرةُ بمُقابَلةِ العشرةِ، والعشرونَ بمُقابَلةِ الثّوْبِ، فإذا استَحَقَّ منه [عشرةً] [٥]، وأنّه بمُقابلةِ نصفِ الثّوْبِ؛ فيرجعُ عليه بنصفِ الثّوْبِ.

وقولُه: للمُسْتَحِقِّ عشرةٌ شائعةٌ في الثّلاثينَ لا العشرةِ المُعَيَّنةِ - وهي التي من حِصّةِ الثّوْبِ - فنعَمْ [٦]. هذا هو الحقيقةُ، إلاّ أنّا لو عَمِلْنا بهذه الحقيقةِ؛ لاحتجنا إلى نَقْضِ القسمةِ وإعادَتِها، ولو صَرَفْنا الاستحقاقَ إلى عشرةٍ - هي من حِصّةِ الثّوْبِ - لم نحتج إلى ذلك، وتَصَرُّفُ العاقِلِ تجِبُ صيانَتُه عن النّقْضِ والإبطالِ ما أمكَنَ، وذلك فيما قُلْناه.

وعلى هذا أرضٌ بينَ رجلينِ نصفَيْنِ قُسِمَتْ، ثُمّ استُحِقَّ أحدُ النّصيبينِ وقد بَنَى صاحبُه فيه بناءً أو غَرَسَ غَرْسًا فنقض البِناءَ وقَلَعَ الغرْسَ؛ لم يرجعِ المُسْتَحَقُّ عليه على صاحبِه بشيءٍ من قيمةِ البِناءِ والغرْسِ.

والأصلُ فيه أنّ كُلَّ قسمةٍ وقَعَتْ بإجبارِ القاضي أو باختيارِ الشَّريكينِ، على الوجه الذي يجبُرُهما القاضي، ولو تَرافَعا إليه ثُمّ استُحِقَّ أحدُ النّصيبينِ وقد بَنَى صاحبُه فيه بناءً أو غَرَسَ غَرْسًا فنقض وقَلَعَ؛ لا يرجعُ بشيءٍ من ذلك على صاحبِه؛ لأنّ صاحبَه مجبورٌ على القسمةِ من جِهةِ القاضي فيكونُ مُضافًا إلى القاضي، أمّا إذا وقَعَتِ القسمةُ بإجبارِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «منها».
(٣) في المخطوط: «ثم استحق».
(٤) زاد في المخطوط: «زيادات».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «فيعم».

القاضي فلا شَكَّ فيه، وكذا إذا اقْتَسَما بأنْفُسِهما؛ لأنّ ذلك قسمةُ جَبْرٍ من حيث المعنى؛ لِدُخولِه تحت جَبْرِ القاضي عند المُرافَعةِ إليه، وإذا كان مجبورًا عليه فلم يوجدْ منه ضمانُ السَّلامةِ؛ فلا يُؤاخَذُ بضمانِ الاستحقاقِ، إذْ هو ضمانُ السَّلامةِ.

ونَظيرُ هذا الشَّفيعُ إذا أخذ العقارَ من المشتري بالشُّفْعةِ، وبَنَى فيه أو غَرَسَ، ثُمّ استُحِقَّ وقُلِعَ البِناءُ لا يرجعُ بقيمةِ البِناءِ على المشتري؛ لأنّه ما مَلكه باختيارِه بل أُخِذَ منه جَبْرًا.

وكذلك قال محمّدٌ رحمه الله في الجاريةِ المَأسورةِ إذا اشتراها رجلٌ من أهلِ الحربِ، ثُمّ أخَذها المالِكُ القَديمُ فاستَوْلَدَها، ثُمّ استَحَقَّها رجلٌ: لا يرجعُ بقيمةِ الولدِ على الذي أخذها من يَدِه؛ لأنّه لم يأخذْها منه باختيارِه بل كُرْهًا وجَبْرًا، وكذلك الأبُ [(١)] إذا وطِئَ جاريةَ ابنِه فأعلَقَها، ثُمّ استَحَقَّها رجلٌ؛ لا يرجعُ بقيمةِ الولدِ على الابنِ؛ لأنّه تَملَّكَها من غيرِ اختيارِ الابنِ.

وقال ابو يوسفَ رحمه الله: إذا غَصَبَ جاريةً فأبَقَتْ من يَدِه فأدَّى ضمانَها، ثُمّ عادَتِ الجاريةُ فاستَوْلَدَها الغاصِبُ، ثُمّ استُحِقَّتْ له أنْ يرجعَ بقيمةِ الولدِ على المولى؛ لأنّه كان مُخْتارًا في أخْذِ القيمةِ من الغاصِبِ، فكان ضامِنًا السَّلامةَ فيرجعُ عليه بحُكْمِ الضَّمانِ.

وعلى هذا دارانِ أو أرضانِ بينَ رجلينِ اقْتَسَما، فأخذ كُلُّ واحدٍ منهما إحداهما وبَنَى فيها، ثُمّ استُحِقَّتْ رجع بنصفِ قيمةِ البِناءِ عند أبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنّ القاضيَ لا يُجْبَرُ على قسمةِ الجمْعِ في الدّورِ والعقاراتِ عنده، فإذا اقْتَسَما بأنْفُسِهما كانت القسمةُ منهما مُبادَلةً، فأشبَهَتِ البيعَ فكان كُلُّ واحدٍ منهما ضامِنًا سَلامةَ النّصفِ لِصاحبِه، فإذا لم يَسْلم يرجعُ [(٢)] عليه بحُكْمِ الضَّمانِ كما في البيعِ. وأمّا عندهما فقد اختلف المَشايخُ فيه قال بعضُهم: لا يرجعُ؛ لأنّ القاضيَ يُجْبَرُ على هذه القسمةِ عندهما، فأشبَهَ استحقاقَ النّصفِ من دارٍ واحدةٍ، وقال بعضُهم: يرجعُ. وعليه اعتَمَدَ القُدوريُّ - عليه الرَّحْمةُ - وهو الصّحيحُ؛ لأنّ القاضيَ إنّما يُجْبَرُ على قسمةِ الجمْعِ ههنا عندهما إذا رأى الجمْعَ أعدَلَ، ولا يُعْرَفُ ذلك من رأيِ القاضي إذا فعَلا بأنْفُسِهما.

ولو كانتا جاريتيْنِ فأخذ كُلُّ واحدٍ منهما جاريةً فاستَوْلَدَها، ثُمّ استُحِقَّتْ رجع على

---

(١) في المخطوط: «للأب».

(٢) في المخطوط: «رجع».

شريكِه [بالنّصفِ] (١) عند أبي حنيفةَ؛ لأنّ القاضيَ لا يُجْبَرُ على قسمةِ الرَّقيقِ عنده، فإذا اقْتَسَما بتَراضيهما أشبَهَ البيعَ على ما ذَكَرْنا. وأمّا [٣/ ٢٤٤ب] عندهما فيَنْبَغي أنْ لا يرجعَ، كذا ذكره القُدوريُّ - عليه الرَّحْمةُ.

وفرَّقَ بينَ الرَّقيقِ وبينَ الدّورِ وبينَهما فرْقٌ؛ لأنّ القاضيَ هناك لا يُجْبَرُ على الجمْعِ عَيْنًا ولكنّه يُراعي الأعدَلَ في ذلك من التّفريقِ والجمْعِ، وههنا يُجْبَرُ على الجمْعِ؛ لِتَعذُّرِ التّفْريقِ فلم يوجدْ ضمانُ السَّلامةِ [من صاحبِه] (٢) فلا يرجعُ عليه، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وعلى هذا الأصلِ إذا اقْتَسَمَ قَوْمٌ دارًا، وفيها كنيفٌ شارعٌ على (٣) الطَّريقِ أو ظِلّه، فإنْ كان [ذلك] (٤) على طريقِ العامّةِ؛ لا يُحْسَبُ ذَرْعُ الكَنيفِ والظِّلِّ (٥) من ذَرْعِ الدّارِ؛ لأنّ رَقَبةَ الأرضِ ليستْ بمملوكةٍ لأحدٍ، بل هي (٦) حَقُّ العامّةِ، وإنْ كان على طريقٍ غيرِ نافِذٍ يُحْسَبُ ذلك من (٧) ذَرْعِ الدّارِ؛ لأنّ له في السِّكّةِ ملكًا فأشبَهَ عُلوّ البيتِ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في صفات القسمة]

وأمّا صِفاتُ القسمةِ فأنواعٌ:

منها: أنْ تكونَ عادِلةً غيرَ جائرةٍ، وهي أنْ تقعَ تَعْديلًا للأنْصِباءِ من غيرِ زيادةٍ على القدرِ المُسْتَحَقِّ من النّصيبِ ولا نُقْصانَ عنه؛ لأنّ القسمةَ إفْرازُ بعضِ الأنْصِباءِ، ومُبادَلةُ البعضِ، ومَبنَى المُبادَلاتِ على المُراضاةِ، فإذا وقَعَتْ جائرةً؛ لم (٨) يوجدِ التّراضي، ولا إفْرازُ نَصيبِه بكَمالِه؛ لِبَقاءِ الشَّركةِ في البعضِ، فلم تجُزْ وتُعادُ.

وعلى هذا إذا ظَهَرَ الغلَطُ في القسمةِ المُبادَلةِ بالبيِّنةِ أو بالإقرارِ تُسْتأنَفُ؛ لأنّه ظَهَرَ أنّه لم يَسْتَوْفِ حَقَّه، فظَهَرَ أنّ معنى القسمةِ لم يتحَقَّقْ بكَمالِه، ولو ادَّعَى أحدُ الشَّريكينِ الغلَطَ في القسمةِ فهذا لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ:

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «والظلة».
(٦) في المخطوط: «هو».
(٧) في المخطوط: «في».
(٨) في المخطوط: «فلم».

إمّا أنْ كان المُدَّعي أقَرَّ باستيفاءِ حَقِّه.

وإمّا أنْ كان لم يُقِرَّ بذلك.

فإنْ كان قد أقَرَّ باستيفاءِ حَقِّه لا يُسْمَعُ منه دعوى الغلَطِ؛ لِكونِه مُناقِضًا في دعواه؛ لأنّ الإقرارَ باستيفاءِ الحقِّ إقرارٌ بوُصولِ حَقِّه إليه بكَمالِه، ودعوى الغلَطِ إخْبارٌ أنّه لم يصلْ إليه حَقُّه بكَمالِه فيتناقضُ، وإنْ كان لم يُقِرَّ باستيفاءِ حَقِّه؛ لا تُعادُ القسمةُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى؛ لأنّ القسمةَ قد صَحَّتْ من حيث الظّاهر، فلا يجوزُ نَقْضُها إلاّ بحُجّةٍ، فإنْ أقام البيِّنةَ أُعيدَتِ القسمةُ؛ لِما قُلْنا، وإنْ لم تُقَمْ له بَيِّنةٌ وأنْكَرَ شريكُه، فأرادَ استحلافَه حَلَّفَه على ما ادَّعَى من الغلَطِ؛ لأنّه يَدَّعي عليه حَقًّا هو جائزُ الوُجودِ والعدَمِ، وهو يُنْكِرُ فيحلِفُ.

وبيانُ ذلك: دارٌ بينَ رجلينِ اقْتَسَماها، واستَوْفَى كُلُّ واحدٍ منهما حَقَّه ثُمّ ادَّعَى أحدُهما غَلَطًا في القسمةِ لا تُعادُ القسمةُ، ولكنْ يُسْأَلُ البيِّنةَ على الغلَطِ، فإنْ أقام البيِّنةَ وإلاّ فيحلِفُ شريكُه إنْ شاء؛ لِما قُلْنا، فإنْ حَلَفَ أحدُ الشَّريكينِ ونَكَلَ الآخرُ، فإنْ كان الشُّرَكاءُ ثلاثةً يجمَعُ بينَ نَصيبِ المُدَّعي وبينَ نَصيبِ النّاكِلِ، فيَقْسِمُ بينَهما على قدرِ نَصيبِهما؛ لأنّ نُكوله دليلُ كونِ المُدَّعي صادِقًا في دعواه في حَقِّه، فكان حُجّةً في حَقِّه لا في حَقِّ الشَّريكِ الحالِفِ، فلم تَصِحَّ القسمةُ في حَقِّهما فتُعادُ في قدرِ نَصيبِهما.

وكذلك لو ادَّعَى الغلَطَ بعدَ [1] القسمةِ والقبضِ في المَكيلاتِ والموزوناتِ والمذروعاتِ. ولو كان بينَ رجلينِ دارانِ اقْتَسَماهما، فأخذ كُلُّ واحدٍ منهما دارًا، ثُمّ ادَّعَى أحدُهما الغلَطَ في القسمةِ وأقام البيِّنةَ على ذلك، فالقسمةُ باطِلةٌ عند أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - وعندهما لا تَبْطُلُ ولكنْ يُقْضَى للمُدَّعي بذلك الذَّرْعِ من الدّارِ الأُخرى، وبَنَوا هذه المسألةَ على بيعِ ذِراعٍ من دارٍ أنّه لا يجوزُ عنده، وعندهما جائزٌ.

ووجه البِناءِ: أنّ قسمةَ الجمْعِ في الدّورِ بالتّراضي جائزةٌ بلا خلافٍ، ومعنى المُبادَلةِ وإنْ كان لازِمًا في نوعَيِ القسمةِ لكنْ هذا النّوْعُ بالمُبادَلاتِ أشبَه، وإذا تَحقَّقَتِ المُبادَلةُ صَحَّ البِناءُ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

ولو اقْتَسَما دارًا بينَهما، فأخذ كُلُّ واحدٍ منهما طائفةً، ثُمّ ادَّعَى أحدُهما بيتًا في يَدِ

---

(١) في المخطوط: «بين».

صاحبِه أنّه وقَعَ في قسمَتِه، وأقام بَيِّنةً؛ سُمِعَتْ بَيِّنَتُه، وإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ؛ أُخِذَتْ بَيِّنةُ المُدَّعي؛ لأنّه خارجٌ، وإنْ كان قبل الإشْهادِ والقبضِ تَحالَفا وتَرادّا.

وكذا لو اختلَفا في الحُدودِ فادَّعى كُلُّ واحدٍ منهما حَدًّا في يَدِ صاحبِه أنّه أصابَه وأقام البيِّنةَ؛ قُضيَ لِكُلِّ واحدٍ منهما بالحدِّ الذي في يَدِ صاحبِه؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما عَمّا في يَدِ صاحبِه خارجٌ.

وإنْ قامتْ [٣/ ٢٤٥أ] لأحدِهما بَيِّنةٌ يُقْضى ببيِّنَتِه، وإنْ لم تُقَمْ لهما بَيِّنةٌ تَحالَفا.

وهل يَنْفَسِخُ العقدُ بنفسِ التّالِفِ أم يحتاجُ فيه إلى فسخِ القاضي؟ اختلف المَشايخُ فيه على ما عُرِفَ في البيوعِ.

ولو اقْتَسَمَ رجلانِ أقرِحةً [(١)]، فأخذ أحدُهما قَراحَيْنِ، والآخرُ أربعةً، ثُمّ ادَّعى صاحبُ القَراحَيْنِ أنّ أحدَ الأقرِحةِ الأربعةِ أصابَه في قسمَتِه، وأقام البيِّنةَ، قُضيَ له به؛ لِما قُلْنا، وكذلك هذا في أثوابٍ اقْتَسَماها، فأخذ كُلُّ واحدٍ بعضَهما، ثُمّ ادَّعى أحدُهما أنّ أحدَ الأثوابِ الذي في يَدِ صاحبِه أصابَه في قسمَتِه، وأقام البيِّنةَ، قُضيَ له به.

ولو ادَّعى كُلُّ واحدٍ منهما [على صاحبِه] [(٢)] ثوبًا مِمّا في يَدِه أنّه أصابَه في قسمَتِه، وأقام البيِّنةَ، قُضيَ لِكُلِّ واحدٍ منهما بما في يَدِ الآخرِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما عَمّا في يَدِ صاحبِه خارجٌ.

ولو اقْتَسَما مائةَ شاةٍ فأصابَ أحدُهما خمسةً وخمسينَ، وأصابَ الآخرُ خمسةً وأربعينَ، ثُمّ ادَّعى صاحبُ الأوكَسِ الغلَطَ في القسمةِ أو الخطأَ في التّقْويمِ؛ لم تُقْبل منه إلاّ ببيِّنةٍ.

ولو قال: أخْطَأْنا في العدَدِ، وأصابَ كُلُّ واحدٍ مِنّا خمسينَ - وهذه الخمسةُ في قسمَتِه - وأنْكَرَ الآخرُ تَحالَفا، وإنْ أقام كُلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ رُدَّتِ القسمةُ.

ولو قال أحدهما لصاحبه: أخَذْتَ أنتَ إحدى وخمسينَ غلَطًا، وأخَذْتُ أنا تِسْعةً وأربعينَ، وقال الآخرُ: ما أخَذْتُ إلاّ خمسينَ. فالقولُ قولُه مع يَمينِه؛ لأنّه مُنْكِرٌ لاستيفاءِ الزّيادةِ على حَقِّه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

---

(١) القراح: المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر. انظر: لسان العرب (٢/ ٥٦١).
(٢) ليست في المخطوط.

وعلى هذا الأصلِ تخرُجُ قسمةُ عَرْصةِ الدّارِ بالذِّراعِ [١]؛ أنّه يُحْسَبُ في القسمةِ كُلُّ ذِراعَيْنِ من العُلْوِ بذِراعٍ من السُّفْلِ عند أبي حنيفةَ.

وعند أبي يوسفَ: يُحْسَبُ ذِراعٌ من السُّفْلِ بذِراعٍ من العُلْوِ، وعند محمّدٍ: يُحْسَبُ على القيمةِ دونَ الذَّرْعِ.

زَعَمَ كُلُّ واحدٍ منهم أنّ التّعديلَ فيما يقولُه، والخلافُ في هذه المسألةِ بينَ أبي حنيفةَ وبينَ أبي يوسفَ مَبنيٌّ على الخلافِ في مسألةٍ أُخرى، وهي أنّ صاحبَ العُلْوِ ليس له أنْ يَبنيَ على العُلْوِ من غيرِ رضا صاحبِ السُّفْلِ، وإنْ لم يَضُرَّ بصاحبِ السُّفْلِ من حيث الظّاهر عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ له أنْ يَبنيَ إنْ لم يَضُرَّ البِناءُ به.

ووجه البِناءِ: أنّ صاحبَ العُلْوِ إذا لم يَمْلِكِ البِناءَ على عُلوِّه عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - كان للعُلوِّ مَنْفَعةٌ واحدةٌ وهي مَنْفَعةُ السُّكْنَى فحَسْبُ، ولِلسُّفْلِ مَنْفَعَتانِ: مَنْفَعةُ السُّكْنَى، ومَنْفَعةُ البِناءِ عليه، وكذا السُّفْلُ كما يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى يَصْلُحُ لِجَعْلِ الدَّوابِّ فيه، فأمّا العُلْوُ فلا يَصْلُحُ إلاّ لِلسُّكْنَى خاصّةً، فكان لِلسُّفْلِ مَنْفَعَتانِ، ولِلعُلْوِ مَنْفَعةٌ واحدةٌ، فكانت القسمةُ عنده على الثُّلُثِ والثُّلُثَيْنِ، وعند أبي يوسفَ لَمّا مَلَك صاحبُ العُلْوِ أنْ يَبنيَ على عُلوِّه كانت له مَنْفَعَتانِ أيضًا، فاستوى العُلْوُ والسُّفْلُ في المَنْفَعةِ، فوَجَبَ التّعديلُ بالسَّويّةِ بينَهما في الذَّرْعِ.

وأمّا محمّدٌ: فإنّما اعتبَرَ القيمةَ؛ لأنّ أحوالَ البِلادِ وأهلَها في ذلك مُخْتَلِفةٌ، فمنهم مَنْ يختارُ السُّفْلَ على العُلْوِ، ومنهم مَنْ يختارُ العُلْوَ على السُّفْلِ، فكان التّعديلُ في اعتِبارِ القيمةِ، والعمَلُ في المسألةِ على قولِ محمّدٍ - رحمه الله - وهو اختيارُ الطَّحاويِّ - رحمه الله.

ويُحْتَمَلُ أنّ أبا حنيفةَ إنّما فضَّلَ السُّفْلَ على العُلْوِ بناءً على عادةِ أهلِ الكوفةِ من اختيارِهم السُّفْلَ على العُلْوِ، وأبو يوسفَ إنّما سَوّى بينَهما [بناءً] [٢] على عادةِ أهلِ بَغْدادَ؛ لاستِواءِ العُلْوِ والسُّفْلِ عندهم، فأخْرَجَ كُلُّ واحدٍ منهما الفتْوَى على عادةِ أهلِ زَمانِه.

---

(١) في المخطوط: «بالذرع».

(٢) زيادة من المخطوط.

ومحمّدٌ بَنَى الفتْوَى على المعلومِ من اختلافِ العاداتِ باختلافِ البلْدانِ فكان الخلافُ بينَهم من حيث الصّورة لا من حيث المعنى، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وبيانُ ذلك في سُفْلٍ بينَ رجلينِ وعُلوٌّ من بيتٍ آخرَ بينَهما، أرادا قسمَتَهما يُقْسَمُ البِناءُ على القيمةِ بلا خلافٍ.

وأمّا العرْصةُ فتُقْسَمُ بالذَّرْعِ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وعند محمّدٍ بالقيمةِ، ثُمّ اختلف أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ فيما بينَهما في كيْفيّةِ القسمةِ [بالذَّرْعِ] (١)، فعند أبي حنيفة ذِراعٌ بذِراعَيْنِ على الثُّلُثِ والثُّلُثَيْنِ، وعند أبي يوسفَ ذِراعٌ بذِراعٍ.

ولو كان بينَهما بيتٌ تامٌّ عُلوٌّ وسُفْلٌ، وعُلوٌّ من بيتٍ آخرَ فعند [٣/ ٢٤٥ب] أبي حنيفةَ يُحْسَبُ في القسمةِ كُلُّ ذِراعٍ من العُلْوِ والسُّفْلِ بثلاثةِ أذْرُعٍ من العُلْوِ أرباعًا عنده؛ لِما ذَكَرْنا من الأصلِ فكانت القسمةُ أرباعًا، وعند أبي يوسفَ ذِراعٌ من السُّفْلِ والعُلْوِ بذِراعَيْنِ من العُلْوِ؛ لاستِواءِ السُّفْلِ والعُلْوِ عنده، فكانت القسمةُ أثلاثًا. ولو كان بينَهما بيتٌ تامٌّ سُفْلٌ وعُلوٌّ، وسُفْلٌ آخرُ فعند أبي حنيفةَ يُحْسَبُ في القسمةِ كُلُّ ذِراعٍ من السُّفْلِ والعُلْوِ بذِراعٍ ونصفٍ من السُّفْلِ، وذِراعٍ من سُفْلِ البيتِ التام بذِراعٍ من السُّفْلِ الآخرِ، وذِراعٍ من عُلوِّه بنصفِ ذِراعٍ من السُّفْلِ الآخرِ، وعند أبي يوسفَ ذِراعٌ من التّامِّ بذِراعَيْنِ من السُّفْلِ، - واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

وعلى هذا الأصلِ يخرُجُ ما إذا اقْتَسَما دارًا وفَضَّلا بعضَها على بعضٍ بالدَّراهمِ أو الدَّنانيرِ لِفَضْلِ قيمةِ البِناءِ والموضِعِ أنّ القسمةَ جائزةٌ؛ لأنّها وقَعَتْ عادِلةً من حيث المعنى؛ لأنّ الدّارَ قد يُفَضَّلُ بعضُها على بعضٍ بالبِناءِ والموضِعِ، فكان ذلك تفضيلاً من حيث الصّورةُ تَعْديلاً من حيث المعنى، ولو لم يُسَمّيا قيمةَ فضْلِ البِناءِ وقتَ القسمةِ جازَتِ القسمةُ استحسانًا، وتجِبُ قيمةُ فضْلِ البِناءِ، وإنْ لم يُسَمّياها في القسمةِ.

والقياسُ أنْ لا تجوزَ القسمةُ؛ لأنّ هذه قسمةُ بعضِ الدّارِ دونَ بعضٍ؛ لأنّ العرْصةَ مع البِناءِ بمنزلةِ شيءٍ واحدٍ، وقسمةُ البِناءِ بالقيمةِ فإذا لم توجد التسمية بقيت مجهولةً فوَقَعَتِ القسمةُ للعَرْصةِ دونَ البِناءِ؛ بَقِيَتْ وإنّها غيرُ جائزةٍ.

---

(١) ليست في المخطوط.

وجه الاستحسانِ أنّ قسمةَ العرْصةِ قد صَحَّتْ بوُقوعِها في مَحِلِّها - وهو المِلْكُ - ولا صِحّةَ لها إلاّ بقسمةِ البِناءِ، وذلك بالقيمةِ، فتجِبُ على صاحبِ الفضْلِ قيمةُ فضْلِ البِناءِ، وإنْ لم يُسَمَّ ضرورة صِحّةِ القسمةِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وعلى هذا الأصلِ تخرُجُ أيضًا قسمةُ الجمْعِ في الأجناس المُخْتَلِفةِ أنّها غيرُ جائزةٍ جَبْرًا بالإجماعِ؛ لِتَعَذُّرِ تَعْديلِ الأنْصِباءِ إلاّ بالقيمةِ، [وإنّها ليستْ مَحِلَّ القسمةِ على ما مَرَّ] (١)، ولا يجوزُ في الرَّقيقِ والدّورِ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله -؛ لأنّها في حُكْمِ الأجناس المُخْتَلِفةِ، ولا تقعُ القسمةُ فيها عادِلةً بل جائرةً، ولا تُقْسَمُ الأولادُ في بُطونِ الغنَمِ؛ لِتَعَذُّرِ التّعديلِ.

وعلى هذا يخرُجُ رَدُّ المقسومِ بالعيْبِ في نوعَيِ القسمةِ؛ لأنّه إذا ظَهَرَ به عَيْبٌ فقد ظَهَرَ أنّها وقَعَتْ جائرةً لا عادِلةً، فكان له حَقُّ الرَّدِّ بالعيْبِ كما في البيعِ، ولو امتنَعَ الرَّدُّ بالعيْبِ؛ لِوُجودِ المانِعِ منه يرجعُ بالنُّقْصانِ كما في البيعِ، إلاّ أنّ في البيعِ يرجعُ بتَمامِ النُّقْصانِ وفي القسمةِ يرجعُ بالنّصفِ؛ لأنّ النُّقْصانَ في القسمةِ يرجعُ بالنّصيبينِ جميعًا فيرجعُ بنصفِ النُّقْصانِ من نَصيبِ شريكِه.

وأمّا الرَّدُّ بخيارِ الرُّؤيةِ والشّرطِ فيَثْبُتُ في قسمةِ الرّضا؛ لأنّ القسمةَ فيها معنى المُبادَلةِ، وهذا النّوْعُ أشبَه بالمُبادَلاتِ؛ لِوُجودِ المُراضاةِ (٢) من الجانِبينِ فيَثْبُتُ فيه خيارُ الرُّؤيةِ كما في البيعِ، ولا يَثْبُتُ في قسمةِ القضاءِ لا لِخُلوِّها عن المُبادَلةِ بل لِعَدَمِ الفائدةِ؛ لأنّه لو رَدَّها بخيارِ الرُّؤيةِ والشّرطِ؛ لأجبرَه القاضي ثانيًا فلا يُفيدُ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

ولا تجِبُ الشُّفْعةُ في القسمةِ؛ لأنّ حَقَّ الشُّفْعةِ يَتْبَعُ المُبادَلةَ المَحْضةَ؛ لِثُبوتِها على مُخالفةِ القياس، والقسمةُ مُبادَلةٌ من وجهٍ فلا تحتمِلُ الشُّفْعةَ؛ ولأنّها لو وجَبَتْ لا يخلو إمّا أنْ تجِبَ لِلشَّريكِ أو للجارِ، لا سَبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ الشُّفْعةَ تجِبُ لِغيرِ البائعِ والمشتري، ولا سَبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّ الشَّريك أولى من الجارِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

ومنها: الوُجوبُ عند الطَّلَبِ، حتّى يُجْبَرَ على القسمةِ فيما يَنْتَفِعُ كُلُّ واحدٍ من

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «الرضا».

الشَّريكينِ بقسمَتِه، وكذا فيما يَنْتَفِعُ بها أحدُهما ويَسْتَضِرُّ الآخرُ يجبر عند طَلَبِ المُنْتَفِعِ بالإجماعِ، وعند طَلَبِ المُسْتَضِرِّ اختلافُ روايتي الحاكِمِ، والقُدوريِّ - رحمهما الله - وقد ذَكَرْناه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

ومنها: اللُّزومُ بعدَ تَمامِها في النَّوْعَيْنِ جميعًا، حتّى لا يحتملَ الرُّجوعُ عنها إذا تَمَّتْ. وأمّا قبل التّمامِ فكذلك في أحدِ نوعَي القسمةِ، وهو قسمةُ القضاءِ دونَ النَّوْعِ الآخرِ، وهو قسمةُ الشُّركاءِ.

بيان ذلك: أنّ الدّارَ إذا كانت مشترَكةً بينَ قَوْمٍ فقَسَمَها القاضي أو الشُّركاءُ بالتّراضي فخرجتِ السِّهامُ كُلُّها بالقُرْعةِ؛ لا يجوزُ لهم الرُّجوعُ، وكذا إذا خرج [٣/ ٢٤٦أ] الكُلُّ إلاّ سَهْمٌ واحدٌ؛ لأنّ ذلك خُروجُ السِّهامِ كُلِّها؛ لِكونِ ذلك السَّهْمُ مُتَعَيَّنًا بمن بَقِيَ من الشُّركاءِ، وإنْ خرج بعضُ السِّهامِ دونَ البعضِ فكذلك في قسمةِ القضاءِ؛ لأنّه لو رجع أحدُهم لَأجبَرَه القاضي على القسمةِ ثانيًا فلا يُفيدُ رُجوعُه. وأمّا في قسمةِ التّراضي فيجوزُ الرُّجوعُ؛ لأنّ قسمةَ التّراضي لا تَتِمُّ إلاّ بعدَ خُروجِ السِّهامِ كُلِّها، وكُلُّ عاقِدٍ بسَبيلٍ من الرُّجوعِ عن العقدِ قبل تَمامِه كما في البيعِ ونحوِه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في حكم القسمة]

وأمّا بيانُ حُكْمِ القسمةِ فنقولُ - وباللَّه التَّوْفيقُ:

حُكْمُ القسمةِ ثُبوتُ اختصاصِ (١) بالمقسومِ عَيْنًا تَصَرُّفًا فيه فيَمْلِكُ المقسومُ له في المقسومِ جميعَ التّصَرُّفاتِ المُخْتَصّةِ بالمِلْكِ، حتّى لو وقَعَ في نَصيبِ أحدِ الشَّريكينِ ساحةٌ لا بناءَ فيها، ووَقَعَ البِناءُ في نَصيبِ الآخرِ فلِصاحبِ السّاحةِ أنْ يَبنيَ في ساحَتِه، وله أنْ يَرْفَعَ بناءَه، وليس لِصاحبِ البِناءِ أنْ يمنعَه، وإنْ كان يُفْسِدُ عليه الرّيحَ والشَّمْسَ؛ لأنه يتصَرَّفُ في مِلْكِ نفسِه فلا يمنعُ عنه.

وكذا له أنْ يَبنيَ في ساحَتِه مَخْرَجًا أو تَنورًا أو حَمّامًا أو رَحًى؛ لِما قُلْنا، وكذا له أنْ يُقْعِدَ في بنائه حَدّادًا، أو قَصّارًا، وإنْ كان يتأذّى به جارُه؛ لِما قُلْنا.

وله أنْ يَفْتَحَ بابًا أو كوّةً؛ لِما ذَكَرْنا، ألا تَرَى أنّ له (أنْ يَرْفَعَ) (٢) الجِدارَ أصلاً فَفَتْحُ

---

(١) في المخطوط: «الاختصاص». (٢) في المخطوط: «رفع».

البابِ والكوّةِ أولى، وله أنْ يحفِرَ في مِلْكِه بئْرًا أو بالوعةً أو كِرْباسًا [(١)]، وإنْ كان يَهن [(٢)] بذلك حائطَ جارِه، ولو طَلَبَ جارُه تَحْويلَ ذلك؛ لم يُجْبَرْ على التّحْويلِ، ولو سَقَطَ الحائطُ من ذلك لا يضْمَنُ؛ لأنّه لا صُنْعَ منه في مِلْكِ الغيرِ، والأصلُ أنْ لا يُمْنَعَ الإنسانُ من التّصَرُّفِ في مِلْكِ نفسِه إلاّ أنّ الكَفَّ عَمّا يُؤذي الجارَ أحسَنُ؛ قال اللّه تبارَك وتعالى: ﴿وَٱعْبُدُوا ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا۟ بِهِۦ شَيْـًٔا ۖ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا﴾ [النساء:٣٦] إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ﴾ [النساء:٣٦] خَصَّه سبحانه وتعالى بالأمرِ بالإحسانِ إليه، فلَئِنْ لم يُحْسِنُ إليه فلا أقَلَّ من أنْ يكفَّ عنه أذاه.

وعلى هذا: دارٌ بينَ رجلينِ، ولِرجلٍ فيها طريقٌ فأرادا أنْ يقتسِماها، ليس لِصاحبِ الطَّريقِ منعُهما عن القسمةِ؛ لأنّهما بالقسمةِ مُتَصَرِّفانِ في مِلْكِ أنْفُسِهما فلا يُمْنَعانِ عنه، فيقتسِمانِ ما وراء الطَّريقِ، ويَتْرُكانِ الطَّريقَ على حالِه على سَعةِ عَرْضِ بابِ الدّارِ؛ لِما ذَكَرْنا من قبلُ.

ولو باعوا الدّارَ والطَّريقَ فإنْ كانت رَقَبةُ الطَّريقِ مشتَرَكةً بينَهم؛ قَسَموا ثمن الطَّريقِ بينَهم أثلاثًا، وإنْ كانت الرَّقَبةُ لِشريكَي الدّارِ ولِصاحبِ الطَّريقِ حَقُّ المُرورِ، حَكى القُدوريُّ عن الكَرْخيِّ - رحمهما الله - أنْ لا شيءَ لِصاحبِ الطَّريقِ من الثّمنِ، ويكونُ الثّمنُ كُلُّه لِلشَّريكينِ.

وروى عن محمّد أنّ كُلَّ واحدٍ من الشَّريكينِ يَضْرِبُ بحَقِّه من المَنْفَعةِ، ويَضْرِبُ صاحبُ الطَّريقِ بحَقِّ المُرورِ، وطريقُ معرفةِ ذلك أنْ يَنْظُرَ إلى قيمةِ العرْصةِ بغيرِ طريقٍ، ويَنْظُرَ إلى قيمَتِها وفيها طريقٌ، فيكونَ لِصاحبِ الطَّريقِ فضْلُ ما بينَهما، ولِكُلِّ واحدٍ من الشَّريكينِ نصفُ قيمةِ المَنْفَعةِ إذا كان فيها طريقٌ.

وجه ما حُكيَ عن الكَرْخيِّ - رحمه الله - أنّ حَقَّ المُرورِ لا يحتملُ البيعَ [مقصودًا بل يحتملُه تبَعًا لِلرَّقَبةِ] [(٣)].

ألا تَرَى أنّه لو باعه وحْدَه لم يجُزْ، فإذا بيعَ الطَّريقُ بإذنِه فقد أسقَطَ حَقَّه أصلاً فلا يُقابلُه ثَمَنٌ.

---

(١) الكرباس: ثوب من القطن الأبيض. انظر: القاموس المحيط (١/ ٧٣٥).

(٢) في المخطوط: «يهي». (٣) ليست في المخطوط.

وجه ما رويَ عن محمّدٍ أنّ حَقَّ المُرورِ لا يحتملُ البيعَ مقصودًا بل [١] يحتملُه تبَعًا لِلرَّقَبةِ، وههنا ما بيعَ مقصودًا بل تبَعًا لِلرَّقَبةِ فيُقابلُه الثّمنُ، لكنْ ثَمَنُ الحقِّ لا ثَمَنُ المِلْكِ على ما ذَكَرْنا.

وكذلك دارٌ بينَ رجلينِ ولرجل فيها مَسيلُ الماءِ، فأرادا أنْ يقتسِماها ليس لِصاحبِ المَسيلِ منعُهما من القسمةِ؛ لِما قُلْنا، بل يَقْسِمُ الدّارَ ويَتْرُكُ المَسيلَ على حالِه كما في الطَّريقِ، وكذلك لو كان في الدّارِ منزلٌ لِرجلٍ وطريقُه في الدّارِ، فأرادا أنْ يقتسِما الدّارَ لا يُمْنَعانِ من القسمةِ، ولكنْ يَتْرُكانِ طريقَ المنزلِ على حالِه على سَعةِ عَرْضِ بابِ الدّارِ، لا على سَعةِ بابِ المنزلِ على ما ذَكَرْنا.

ولو أرادَ صاحبُ المنزلِ أنْ يَفْتَحَ إلى هذا الطَّريقِ بابًا آخرَ له ذلك؛ لأنّه مُتَصَرِّفٌ في مِلْكِ نفسِه، ألا تَرَى أنّ له أنْ يَرْفَعَ الحائطَ كُلَّه فهذا أولى.

ولو اشترى صاحبُ المنزلِ دارًا من وراءِ المنزلِ وفَتَحَ بابَه إلى المنزلِ، فإنْ كان ساكِنُ الدّارِ والمنزلِ واحدًا فلَه أنْ يَمُرَّ من الدّارِ [٣/ ٢٤٦ب] إلى المنزلِ، ومن المنزلِ إلى الطَّريقِ الذي في الدّارِ الأولى؛ لأنّ له حَقَّ المُرورِ في هذا الطَّريقِ، وإنْ كان ساكِنُ الدّارِ غيرَ ساكِنِ المنزلِ فليس لِساكِنِ الدّارِ أنْ يَمُرَّ في الطَّريقِ الذي في الدّارِ الأولى؛ لأنّه لا حَقَّ له في هذا الطَّريقِ فيُمْنَعُ من المُرورِ فيه.

دارٌ بينَ رجلينِ في سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ اقْتَسَماها، وأخذ كُلُّ واحدٍ منهما طائفةً منها، فأرادَ كُلُّ واحدٍ منهما أنْ يَفْتَحَ بابًا أو كوّةً إلى السِّكّةِ له ذلك، ولا يَسَعُ لأهلِ [٢] السِّكّةِ منعُهما؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مُتَصَرِّفٌ في مِلْكِ نفسِه فيَمْلِكُه، ألا تَرَى أنّ له رَفْعَ الحائطِ أصلًا فالبابُ والكوّةُ أولى.

وعلى هذا حائطٌ بينَ قَسيمَيْنِ ولأحدِ القَسيمَيْنِ عليه جُذوعُ الحائطِ الآخرِ فإنْ شرَطوا قَطْعَ الجُذوعِ في القسمةِ قَطَعَه [٣]؛ لِقولِ النّبيِّ ﷺ: «المسلمُونَ عندَ شرُوطِهم» [٤]. وإنْ لم

---

(١) في المخطوط: «إنما».
(٢) في المخطوط: «أهل».
(٣) في المخطوط: «قطعت».
(٤) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب: في الصلح، برقم (٣٥٩٤)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٧)، برقم (٢٣٠٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل، رقم (١٣٦٠).

يَشترِطوا تركت على حالِها؛ لأنّ التّرْك وإنْ كان ضررًا لكنّهم لَمّا لم يَشترِطوا القَطْعَ في القسمةِ فقد التُزِمَ الضَّرَرُ وكذلك لو كان وقَعَ على هذا الحائطِ درَجةٌ أو أُسْطوانةٌ جُمِعَ عليها جُذوعٌ؛ لِما قُلْنا، وكذلك رَوْشَنٌ [(١)] وقَعَ لِصاحبِ العُلْوِ مُشْرِفًا [(٢)] على نَصيبِ الآخرِ لم يكنْ لِصاحبِ السُّفْلِ أنْ يقْلعَ الرَّوْشَنَ [(٣)] من غيرِ شرطِ القَلْعِ لِما قُلْنا.

ولو كان لأحدِهما أطْرافُ خَشَبٍ على حائطِ صاحبِه، فإنْ كان مِمّا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ عليها سَقْفٌ لم يُكَلَّفْ قَلْعُها [(٤)]، وإنْ كان لا يُمْكِنُ كُلِّفَ القَلْعَ [(٥)]؛ لأنّه إذا أمكَنَ أنْ يُجْعَلَ عليها سَقْفٌ أمكَنَه الانتِفاعُ به فيَلْتَحِقُ بالحُقوقِ، فأشبَهَ الرَّوْشَنَ وإذا لم يُمْكِنْ تَعَذر إلْحاقِها بالحُقوقِ فبَقِيَ شاغِلاً هو لِصاحبِه بغيرِ حَقٍّ، فيُكَلَّفُ قَطْعَها.

ولو كان لأحدِهما شَجَرةٌ أغْصانُها مُظِلّةٌ على نَصيبِ الآخرِ فهل تُقْطَعُ؟ ذكر ابنُ سِماعةَ - رحمه الله - أنّه لا تُقْطَعُ؛ لأنّ في القَطْعِ ضررًا لِصاحبِها، وذكر ابنُ رُسْتُمَ - رحمه الله - أنّه تُقْطَعُ كما يُقْطَعُ أطْرافُ الخشَبِ الذي لا يُمْكِنُ تسقيفُها.

ولو اختلف أهلُ طريقٍ [(٦)] في الطَّريقِ، وادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهم أنّه له؛ فهو بينَهم بالتّسويةِ على عَدَدِ الرُّءوسِ، لا على ذُرْعانِ الدّورِ والمَنازِلِ؛ لأنّهم استووْا في اليَدِ؛ لاستِوائهم في المُرورِ فيه إلاّ أنْ يقومَ لأحدِهم بَيِّنةٌ فيَسْقُطُ اعتِبارُ اليَدِ بالبيِّنةِ.

دارٌ لِرجلٍ وفيها طريقٌ بينَه وبينَ رجلٍ فمات صاحبُ الدّارِ، فاقْتَسَمَتِ الورَثةُ [(٧)] الدّارَ بينَهم، وتَرَكوا الطَّريقَ كان الطَّريقُ بينَهم [(٨)] وبينَ الرّجلِ نصفَيْنِ لا على عَدَدِ الرُّءوسِ، حتّى لو باعوا الدّارَ يُقْسَمُ الثّمنُ بينَ الورَثةِ وبينَه نصفَيْنِ لا على عَدَدِ الرُّءوسِ؛ لأنّ الورَثةَ قاموا مَقام الموَرِّثِ [(٩)]، وقد كان الطَّريقُ بينَهما نصفَيْنِ فكذا بينَه وبينَهم، ولو لم يَعْرِفْ أنّ الدّارَ ميراثٌ بينَهم وجَحَدوا ذلك فالطَّريقُ بينَهم بالسَّويّةِ على عَدَدِ الرُّءوسِ؛ لاستِوائهم في اليَدِ على ما مَرَّ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

---

(١) في المطبوع: «روشنًا».

(٢) في المطبوع: «شرفًا».

(٣) الروشن: الخارج من خشب البناء. انظر: غريب ألفاظ التنبيه (١/ ٣٠٠).

(٤) في المخطوط: «قطعها».

(٥) في المخطوط: «القطع».

(٦) في المخطوط: «الطريق».

(٧) في المخطوط: «ورثته».

(٨) في المطبوع: «بينه».

(٩) في المخطوط: «الوارث».

فصل [فيما يوجب نقض القسمة]

وأمّا بيانُ ما يوجِبُ نَقْضَ القسمةِ بعدَ وُجودِها فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقُ :

الذي يوجِبُ نَقْضَ القسمةِ بعدَ وُجودِها أنواعٌ :

منها: ظُهورُ دَيْنٍ على المَيِّتِ ؛ إذا طَلَبَ الغُرَماءُ دُيونَهم ولا مالَ للمَيِّتِ سِواه، ولا قضاه الورَثةُ من مالِ أنْفُسِهم .

وبيانُ ذلك: أنّ الورَثةَ إذا اقْتَسَموا التّرِكةَ ثُمّ ظَهَرَ على المَيِّتِ دَيْنٌ فهذا لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ .

إمّا أنْ يكونَ للمَيِّتِ مالٌ آخرُ سِواه .

وإمّا أنْ لم يكنْ .

فإنْ لم يكنْ له مالٌ سِواه، ولا قضاه الورَثةُ من مالِ أنْفُسِهم ؛ تُنْقَضُ القسمةُ سواءً كان الدَّيْنُ مُحيطًا بالتّرِكةِ أو لم يكنْ ؛ لأنّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ على الإرْثِ قليلاً كان أو كثيرًا، قال اللَّه - تَبارَكَ وتعالى : ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء:١١] . قَدَّمَ سبحانه وتعالى الدَّيْنَ على الوصيّةِ من غيرِ فصلٍ بينَ القليلِ والكَثيرِ ؛ لأنّ الدَّيْنَ إذا كان مُحيطًا بالتّرِكةِ ؛ تَبَيَّنَ أنّه لا مِلْك للورَثةِ فيها إلاّ من حيث الصّورة بل هي مِلْكٌ للمَيِّتِ يتعَلَّقُ بها حقُّ [١] الغُرَماءِ، وقيامُ مِلْكِ الغيرِ في المَحِلِّ يمنعُ صِحّةَ القسمةِ، فقيامُ المِلْكِ والحقِّ أولى . وإذا لم يكنْ مُحيطًا بالتّرِكةِ فمِلْكُ المَيِّتِ وحَقُّ الغُرَماءِ - وهو حَقُّ الاستيفاءِ - ثابِتٌ في قدرِ الدَّيْنِ من التّرِكةِ على الشُّيوعِ، فيمنعُ جوازَ القسمةِ .

فإنْ كان للمَيِّتِ مالٌ بحَقِّ آخرُ سِواه يُجْعَلُ الدَّيْنُ فيه، وتمضي القسمةُ ؛ لأنّ القسمةَ تُصانُ عن النّقْضِ ما أمكَنَ، وقد أمكَنَ صيانَتُها [٣/ ٢٤٧أ] بجَعْلِ الدَّيْنِ فيه، وكذا الورَثةُ إذا قضوْا الدَّيْنَ من مالِ أنْفُسِهم لا تُنْقضُ ؛ لأنّ حَقَّ الورَثةِ كان مُتعَلِّقًا بصورةِ التّرِكةِ، وحَقُّ الغُرَماءِ بمعناها وهو الماليّةُ، فإذا قضوْا الدَّيْنَ من مالِ أنْفُسِهم، فقد استخلَصوا التّرِكةَ لأنْفُسِهم صورةً ومعنًى، فتَبَيَّنَ أنّهم في الحقيقةِ اقْتَسَموا مالَ أنْفُسِهم صورةً ومعنًى، فتَبَيَّنَ أنّها وقَعَتْ صَحيحةً فلا تُنْقضُ .

---

(١) في المخطوط : «بحَقٍّ» .

وكذلك إذا أبرأه الغُرَماءُ من دُيونِهم لا تُنْقضُ القسمةُ ؛ لأنّ النّقْضَ لِحَقِّهم، وقد أسقَطوه بالإبراءِ، وكذلك إذا ظَهَرَ لِبعضِ المُقْتَسِمينَ دَيْنٌ على المَيِّتِ، بأنِ ادَّعَى دَيْنًا على المَيِّتِ وأقام البيِّنةَ عليه ؛ فلَه أنْ يَنْقُضَ القسمةَ ؛ لِما قُلْنا، ولا تكونُ قسمَتُه إبراءً من الدَّيْنِ ؛ لأنّ حَقَّ الغريمِ [١] يتعَلَّقُ بمعنى التّركةِ، وهو ماليَّتُها لا بالصّورةِ، ولهذا كان للوَرَثةِ حَقُّ الاستخلاصِ، وإذا كان كذلك فلا يكونُ إقدامُه على القسمةِ إقرارًا منه ؛ (لأنّه لا) [٢] دَيْنَ له على المَيِّتِ، فلم يكنْ مُناقِضًا في دعواه، فسُمِعَتْ.

ومنها: ظُهورُ الوصيّةِ حتّى لو اقْتَسَموا ثُمّ ظَهَرَ ثَمَّ موصًى [٣] له بالثُّلُثِ ؛ نُقِضَتْ قسمَتُهم ؛ لأنّ الموصَى له شريكُ الورَثةِ، ألا تَرَى أنّه لو هَلَك من التّرِكةِ شيءٌ قبل القسمةِ يُهْلَكُ من الورَثةِ والموصَى له جميعًا، والباقي على الشَّرِكةِ بينَهم، ولو اقْتَسَموا وثَمّةَ وارثٌ آخرُ غائبٌ تُنْقضُ، فكذا هذا.

وهذا إذا كانت القسمةُ بالتّراضي، فإنْ كانت بقضاءِ القاضي لا تُنْقضُ ؛ لأنّ الموصَى له - وإنْ كان كواحدٍ من الورَثةِ، لكنّ القاضيَ إذا قَسَمَ عند غَيْبةِ أحدِ الورَثةِ - لا تُنْقضُ قسمَتُه ؛ لأنّ القسمةَ في هذا الموضوعِ مَحِلُّ الاجتِهادِ، وقضاءُ القاضي إذا صادَفَ مَحِلَّ الاجتِهادِ يَنْفُذُ ولا يُنْقضُ.

ومنها: ظُهورُ الوارثِ حتّى لو اقْتَسَموا ثُمّ ظَهَرَ أنّ ثَمّةَ وارثٌ آخرُ ؛ نُقِضَتْ قسمَتُهم، ولو كانت القسمةُ بقضاءِ القاضي لا تُنْقضُ ؛ لِما ذَكَرْنا، ولو ادَّعَى وارثٌ وصيّةً لابنٍ له صَغيرٍ بعدَ القسمةِ لا تَصِحُّ دعواه، حتّى لا تُسْمع منه البيِّنةُ ؛ لِكونِه مُناقِضًا في الدَّعْوَى إذْ لا تَصِحُّ قسمَتُهم الميراثَ وثَمَّ موصًى له، فكان إقدامُه على القسمةِ إقرارًا منه بانعِدامِ الوصيّةِ، فكان دعوى وُجودِ الوصيّةِ مُناقِضةً فلا تُسْمَعُ، ولكنْ لا يَبْطُلُ حَقُّ الصّغيرِ بقسمةِ الأبِ ؛ لأنّه لا يَمْلِكُ إبطالَ حَقِّه.

وكذلك لو ادَّعَى بعضُ الورَثةِ أنّ أخًا له من أبيه وأُمِّه ورِثَ أباه معهم، وأنّه مات بعدَ موتِ الأبِ وورِثَه هذا المُدَّعي، وجَحَدَ الباقونَ ذلك، فأقام المُدَّعي البيِّنةَ لا تُقْبَلُ بيّنَتُه ؛ لأنّه مناقض في دعواه ؛ لِدَلالةِ إقرارِه بانعِدامِ وارثٍ آخرَ بإقدامِه على القسمةِ.

---

(١) في المخطوط : «الغرماء».

(٢) في المخطوط : «أن لا».

(٣) في المخطوط : «قضى».

وكذلك كُلُّ ميراثٍ يَدَّعيه أو شراءٍ أو هبةٍ أو صَدَقةٍ أو وصيّةٍ بعدَ القسمةِ؛ لِلتَّناقُضِ بدَلالةِ الإقدامِ على القسمةِ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

دارٌ بينَ رجلينِ أقَرَّ أحدُهما ببيتٍ منها لِرجلٍ، وأنْكَرَ الآخرُ يصحُّ إقرارُه؛ لأنّ إقرارَ الإنسانِ حُجّةٌ على نفسِه؛ لأنّ هذا الإقرارَ لم يوجِبْ تَعَلُّقَ الحقِّ بالعيْنِ لِحَقِّ الشَّريكِ الآخرِ بل هو موقوفٌ، وإذا لم يتعَلَّقْ بالعيْنِ لا يمنعُ جوازَ القسمةِ فتُقْسَمُ الدّارُ ويُجْبَرُ على القسمةِ، ومتى قُسِمَتْ فإنْ وقَعَ البيتُ المُقَرُّ به في نَصيبِ المُقِرِّ دَفَعَه إلى المُقَرِّ له؛ لأنّ الإقرارَ قد صَحَّ وتسليمُ عَيْنِ [(١)] المُقَرِّ به مُمْكِنٌ، فيُؤمَرُ بالتّسليمِ، وإنْ وقَعَ في نَصيبِ شريكِه يَدْفَعُ إليه قدرَ ذَرْعِ المُقَرِّ به من نَصيبِ نفسِه، فيَقْسِمُ ما أصابَه بينَه وبينَ المُقَرِّ له، فيَضْرِبُ المُقَرُّ له بذَرْعِ البيتِ ويَضْرِبُ المُقِرُّ بنصفِ ذَرْعِ الدّارِ بعدَ البيتِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ - رحمهما الله.

وقال محمّدٌ - رحمه الله - يَضْرِبُ المُقِرُّ بنصفِ ذَرْعِ الدّارِ كما قالا، ولكنّ المُقَرَّ له يَضْرِبُ بنصفِ ذَرْعِ البيتِ لا بكُلِّه، حتّى لو كان ذَرْعُ الدّارِ مائةً، وذَرْعُ البيتِ عشرةً، فتُقْسَمُ الدّارُ بينَهما نصفَيْنِ، يكونُ للمُقَرِّ له عشرةُ أذْرُعٍ عندهما؛ لأنّه جميعُ ذَرْعِ البيتِ والباقي - وهو خمسةٌ وأربعونَ - للمُقِرِّ؛ لأنّه نصفُ ذَرْعِ الدّارِ بعدَ ذَرْعِ البيتِ، وعند محمّدٍ - رحمه الله - يكونُ للمُقَرِّ له خمسةُ أذْرُعٍ، إذْ هو نصفُ ذَرْعِ البيتِ المُقَرِّ به.

وجه قولِ محمّدٍ - رحمه الله - أنّ الإقرارَ صادَفَ مَحِلًّا مُعَيَّنًا مشترَكًا بينَه وبينَ غيرِه؛ لأنّ كُلَّ جُزْأينِ من الدّارِ أحدُهما له، والآخرُ لِصاحبِه على الشُّيوعِ فيَبْطُلُ في نَصيبِ صاحبِه ويصحُّ في نَصيبِه، وذلك [٣/ ٢٤٧ب] يوجِبُ للمُقَرِّ له نصفُ ذَرْعِ البيتِ.

وجه قولِهما أنّ الإقرارَ بالمشترَكِ لا يتعَلَّقُ بالعيْنِ قبل القسمةِ بل هو موقوفٌ، وإنّما يتعَلَّقُ بهما [(٢)] بعدَ القسمةِ، ألا تَرَى أنّه لم يمنعْ صِحّةَ القسمةِ، ولو تَعَلَّقَ بالعيْنِ لَمَنَعَ، فإذا قُسِمَتِ الدّارُ الآنَ يتعلَّقُ بالعيْنِ، فإنْ وقَعَ المُقَرُّ به في نَصيبِ المُقِرِّ يُؤمَرُ بالتّسليمِ؛ لأنّه قادِرٌ على تسليمِ العيْنِ وإنْ وقَعَ في نَصيبِ صاحبِه فقد عَجَزَ عن تسليمِ عَيْنِه فيُؤمَرُ بتسليمِ بَدَلِه من نَصيبِه، وهو تَمامُ ذَرْعِ المُقَرِّ به.

---

(١) في المخطوط: «غير».
(٢) في المخطوط: «بها».

هذا إذا كان المُقَرُّ به شيئًا يحتملُ القسمةَ، فإنْ كان مِمّا لا يحتملُ القسمةَ، كبيتٍ من حَمّامٍ مشترَكةٍ بينَه وبينَ غيرِه أقَرَّ أنّه [1] لِرجلٍ وأنْكَرَ صاحبُه فيصحُّ إقرارُه، ولكنْ لا يُجْبَرُ على قسمَتِه؛ لأنّ قسمةَ الإضْرارِ فيما [2] لا يحتملُ الجبْرَ على ما ذَكَرْناه في موضِعِه، ويَلْزَمُه نصفُ قيمةِ البيتِ؛ لأنّه عَجزَ عن تسليمِ العيْنِ والإقرارُ بعَيْنٍ معجوزِ التّسليمِ يكونُ إقرارًا ببَدَلِه تصحيحًا لِتَصَرُّفِه، وصيانةً لِحَقِّ الغيرِ بالقدرِ المُمْكِنِ، كالإقرارِ بجِذْعٍ في الدّارِ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في قسمة المنافع]

هذا الذي ذَكَرْنا قسمةُ الأعيانِ. وأمّا قسمةُ المَنافعِ فهي المُسَمّاةُ بالمهايأة، والكَلامُ فيها في مَواضِعَ:

في بيانِ أنواعِ المهايأة وما يجوزُ منها وما لا يجوزُ.

وفي بيانِ مَحِلِّ المهايأة.

وفي بيانِ صِفةِ المهايأة.

وفي بيانِ ما يَمْلِكُ كُلُّ واحدٍ من الشَّريكينِ من التّصَرُّفِ بعدَ المهايأة وما لا يَمْلِكُ.

اما الأوّل فالمهاياة نوعانِ: نوعٌ يرجعُ إلى المكانِ ونوعٌ يرجعُ إلى الزّمانِ. (أمّا) النّوْعُ الأوّلُ فهو أنْ يتهايَآ في دارٍ واحدةٍ على أنْ يأخذَ كُلُّ واحدٍ منهما طائفةً منها يَسْكُنُها وأنّه جائزٌ؛ لأنّ المهايأة قسمةٌ فتُعْتَبَرُ بقسمةِ العيْنِ، وقسمةُ العيْنِ على هذا الوجه جائزةٌ فكذا قسمةُ المَنافعِ.

وكذا لو تَهايَئا على أنْ يأخذَ أحدُهما السُّفْلَ والآخرُ العُلْوَ جاز ذلك؛ لِما قُلْنا.

ولا يُشترَطُ بيانُ المُدّةِ في هذا النّوْعِ؛ لأنّ قسمةَ المَنافعِ ليستْ بمُبادَلةِ المَنْفَعةِ؛ لأنّ مُبادَلةَ المَنْفَعةِ بجنسِها غيرُ جائزةٍ عندنا [3]، كإجارةِ السُّكْنَى بالسُّكْنَى والخِدْمةِ بالخِدْمةِ، وكذلك لو تَهايَئا في دارَيْنِ وأخذ كُلُّ واحدٍ منهما دارًا يَسْكُنُها أو يَسْتَغِلُّها فهو جائزٌ بالإجماعِ.

---

(١) في المخطوط: «به».

(٢) في المخطوط: «مما».

(٣) في المخطوط: «عنده».

أمّا عند أبي يوسفَ ومحمّدٍ فلا شَكَّ فيه؛ لأنّ قسمةَ الجمْعِ في عَيْنِ الدّورِ جائزةٌ، فكذا في المَنافعِ.

وأمّا أبو حنيفةَ - رحمه الله - فيحتاجُ إلى الفرْقِ بينَ العيْنِ وبينَ المَنْفَعةِ. وجه الفرْقِ له أنّ الدّورَ في حُكْمِ أجناسٍ مُخْتَلِفةٍ؛ لِتَفاحُشِ التّفاوُتِ بينَ دارٍ ودارٍ في نفسِها وبِنائها وموضِعِها، ولا تجوزُ قسمةُ الجمْعِ في جنسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ على ما مَرَّ. وأمّا التّفاوُتُ في المَنافعِ فقَلَّ ما يتفاحَشُ بل يتقارَبُ، فلم تَلْتَحِق مَنافعُ الدّارَيْنِ بالأجناس المُخْتَلِفةِ فجازَتِ القسمةُ، وكذلك لو تَهايَئا في عبدَيْنِ على الخِدْمةِ جاز بالإجماعِ. أمّا عندهما؛ فلأنّ قسمةَ الجمْعِ في أعيانِ الرّقيقِ جائزةٌ، وكذا في مَنافعِها.

ووجه الفرْقِ لأبي حنيفةَ - رحمه الله - على نحوِ ما ذَكَرْنا في الدّارَيْنِ ولو تَهايَئا في عبدَيْنِ فأخذ كُلُّ واحدٍ منهما عبدًا يخدُمُه وشرَطَ كُلُّ واحدٍ منهما على نفسِه طَعامَ العبدِ الذي يخدُمُه؛ جاز استحسانًا، والقياسُ أنْ لا يجوزَ.

ووجهُه أنّ طَعامَ كُلِّ واحدٍ من العبدَيْنِ على الشّريكينِ جميعًا على المُناصَفةِ، فاشْتِراطُ كُلِّ الطّعامِ من كُلِّ واحدٍ منهما على نفسِه يخرُجُ [1] مَخْرَجَ مُعاوَضةِ بعضِ الطّعامِ بالبعضِ، وإنّها غيرُ جائزةٍ للجهالةِ.

ووجه الاستحسانِ أنّ هذا النّوْعَ من الجهالةِ لا يُفْضي إلى المُنازَعةِ؛ لأنّ مَبنَى الطّعامِ على المُسامَحةِ في العُرْفِ والعادةِ دونَ المُضايقةِ، بخلافِ ما إذا شرَطَ كُلُّ واحدٍ منهما على نفسِه كِسْوةَ العبدِ [الذي يخدُمُه] [2] أنّه لا يجوزُ؛ لأنّه يجري في الكِسْوةِ من المُضايقةِ ما لا يجري في الطّعامِ في العُرْفِ والعادةِ، فكانت الجهالةُ في الكِسْوةِ مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ، مع ما إنّ الجهالةَ في الكِسْوةِ تَتَفاحَشُ بخلافِ الطّعامِ؛ لِذلك افترَقا، واللّهُ - تعالى - أعلمُ.

وأمّا التّهايُؤ في الدّوابِّ بأنْ أخذ أحدُهما دابّةً ليَرْكَبَها [3] والآخرُ دابّةً أُخرى من جنسِها يَسْتَغِلُّها [4]، وشرَطَ الاستِغْلالَ فغيرُ جائزٍ عند أبي حنيفةَ، وعندهما جائزٌ.

وجه قولِهما ظاهرٌ؛ لأنّ قسمةَ الجمْعِ في أعيانِ الدّوابِّ من [٣/ ٢٤٨أ] جنسٍ واحدٍ

(١) في المخطوط: «مخرج».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «يركبها».
(٤) في المخطوط: «ليستغلها».

جائزةٌ، فكذا قسمةُ المَنافعِ، ولأبي حنيفةَ الفرْقُ بينَ المَنْفَعةِ وبينَ المَنْفَعةِ أنّه جوّزَ قسمةَ الجمْعِ في أعيانِها ولم يُجَوِّزْ في مَنافعِها.

ووجه الفرْقِ أنّها باعتِبارِ أعيانِها جنسٌ واحدٌ لكنّها [١] في مَنْفَعةِ الرُّكوبِ في حُكْمِ جنسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، بدليلِ أنّ مَنِ استأجَرَ دابّةً ليَرْكَبَها لم يَمْلِكْ أنْ يُؤاجرَها لِلرُّكوبِ، ولو فعَلَ لَضَمن، فأشبَهَ اختلافُ جنسِ المَنْفَعةِ اختلافَ جنسِ العيْنِ، واختلافُ جنسِ العيْنِ عنده مانِعُ جوازَ [قسمةِ] [٢] الجمْعِ، كذا [٣] في المَنْفَعةِ، بخلافِ المهايأة في الدّارَيْنِ والعبدَيْنِ أنّها جائزةٌ؛ لأنّ هناك المَنافعَ مُتَقارِبةٌ غيرُ مُتَفاحشةٍ، بدليلِ أنّ المُسْتأجِرَ فيها [٤] يَمْلِكُ الإجارةَ من غيرِه فلم يختَلِفْ جنسُ المَنْفَعةِ فجازَتِ المهايأة.

وأمّا النّوْعُ الثّاني وهو المهايأة بالزّمانِ: فهو أنْ يتهايآ في بيتٍ صَغيرٍ على أنْ يَسْكُنَه هذا يومًا، وهذا يومًا، أو في عبدٍ واحدٍ على أنْ يخدُمَ هذا يومًا وهذا يومًا، وهذا [٥] جائزٌ؛ لِقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥] أخْبَرَ سبحانه وتعالى عن نَبيِّه سَيِّدِنا صالِحٍ عليه الصلاة والسلام المهايأة في الشّرْبِ، ولم يُنْكِرْه [٦] سبحانه وتعالى، والحكيمُ إذا حَكَى عن مُنْكَرٍ غَيَّرَه، فدَلَّ على جوازِ المهايأة بالزَّمانِ بظاهرِ النّصِّ، وثَبَتَ جوازُ النّوْعِ الآخرِ من طريقِ الدَّلالةِ؛ لأنّها أشبَه بالمُقاسَمةِ من النّوْعِ الأوّلِ؛ ولأنّ جوازَ المهايأة بالزّمانِ لِمكانِ حاجاتِ النّاس، وحاجَتُهم إلى المهايأة بالمكانِ أشَدُّ؛ لأنّ الأعيانَ كُلَّها في احتمالِ المهايأة بالزّمانِ شرْعٌ، سواءٌ من الأعيانِ ما لا يحتملُ المهايأة بالمكانِ كالعبدِ والبيتِ الصّغيرِ ونحوِهما، فلَمّا جازَتْ تلك فلأَنْ تجوزَ هذه أولى، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في محل المهايأة]

وأمّا بيانُ مَحِلِّ المهايأة فنقولُ - ولا قوّةَ إلاّ باللّه تعالى جَلَّ شَأنُه: إنّ مَحِلَّها المَنافعُ دونَ الأعيانِ؛ لأنّها قسمةُ المَنْفَعةِ دونَ العيْنِ، فكان مَحِلُّها المَنْفَعةَ دونَ العيْنِ، حتّى

(١) في المخطوط: «لكنهما».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فكذا».
(٤) في المخطوط: «فيهما».
(٥) في المخطوط: «وهو».
(٦) زاد في المخطوط: «عليه».

إنّهما لو تهايَئا في نَخْلٍ أو شَجَرٍ بينَ شريكينِ على أنْ يأخذَ كُلُّ واحدٍ منهما طائفةً يَسْتَثْمِرُها؛ لا يجوزُ، وكذلك إذا تهايَئا في الغنَمِ المشترَكةِ على أنْ يأخذَ كُلُّ واحدٍ منهم قَطيعًا يرعاها ويَنْتَفِعُ بألبانِها - لا يجوزُ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ هذا عقدُ قسمةِ المَنافعِ، والثّمرُ واللَّبَنُ عَيْنُ مالٍ فلا تدخلُ تحت عقدِ المهايأة، ولو تَهايَئا في الأراضي المشترَكةِ على أنْ يأخذَ كُلُّ واحدٍ منهما نصفَها ويَذْرَعُ - جاز؛ لأنّ ذلك قسمةُ المَنافعِ، وهو [1] معنى المهايأة، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في صفة المهايأة]

وأمّا صِفةُ المهايأة فهي أنّها عقدٌ غيرُ لازِمٍ، حتّى لو طَلَبَ أحدُهما وهي قسمةَ العيْنِ بعدَ المهايأة قَسَمَ الحاكِمُ بينَهما، وفَسَخَ المهايأة؛ لأنّها كالخُلْفِ عن قسمةِ العيْنِ، وقسمةُ العيْنِ كالأصلِ فيما شُرِعَتْ له القسمةُ؛ لأنّ القسمةَ شُرِعَتْ لِتَكْميلِ مَنافعِ المِلْكِ، وهذا المعنى في قسمةِ العيْنِ أكمَلُ؛ ولهذا لو طَلَبَ أحدُهما القسمةَ قبل المهايأة؛ أجبَرَه الحاكِمُ على القسمةِ؛ فكان عقدًا جائزًا فاحتَمَلَ الفسخَ كسائرِ العُقودِ الجائزةِ، ولا يَبْطُلُ بموتِ أحدِ الشَّريكينِ، بخلافِ الإجارةِ؛ لأنّها لو بَطَلَتْ لَأعادَها القاضي للحالِ ثانيًا فلا يُفيدُ.

فصل [في بيان ما يملك كل واحد من التصرف بعدها]

وأمّا بيانُ ما يَمْلِكُ كُلُّ واحدٍ منهما من التّصرُّفِ بعدَ المهايأة، أمّا في المهايأة بالمكانِ فلِكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يَسْتَغِلَّ ما أصابَه بالمهايأة سواءٌ شرَطَ الاستِغْلالَ في العقدِ أو لا، وسواءٌ تَهايَئا في دارٍ واحدةٍ أو دارَيْنِ؛ لأنّ المَنافعَ بعدَ المهايأة تَحْدُثُ على مِلْكِ كُلِّ واحدٍ منهما فيما أخذه، فيَمْلِكُ التّصرُّفَ فيه بالتّمليكِ من غيرِه، وبِه تَبَيَّنَ أنّ المهايأة في هذا النّوْعِ ليستْ بإعارةٍ؛ لأنّ العاريّةَ لا تُؤاجَرُ.

وأمّا المهايأة بالزّمانِ فلِكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يُسْكِنَ أو يَسْتخدِمَ؛ لِما ذَكَرْنا، لكنْ لابُدَّ من ذكرِ الوقتِ من اليومِ والشَّهْرِ ونحوِ ذلك، بخلافِ المُهايأةِ بالمكانِ أنّ لِكُلِّ واحدٍ منهما وِلايةَ السُّكْنَى والاستِغْلالِ مُطْلَقًا؛ لأنّ الحاجةَ إلى ذكرِ الوقتِ لِتَصيرَ المَنافعُ معلومةً، والمهايأة بالمكانِ قسمةُ مَنافعَ مقدرةٍ مجموعةٍ بالمكانِ، ومكانُ المَنْفَعةِ معلومٌ، فصارتِ

(١) في المخطوط: «وهي».

المَنافعُ معلومةً بالعِلْمِ بمكانِها، فجازَتِ المُهايأةُ.

وأمّا المُهايأةُ بالزَّمانِ فقسمةُ [منافع] (١) مُقَدَّرةٌ [٣/ ٢٤٨ب] بالزَّمانِ، فلا تَصيرُ معلومةً إلاّ بذكرِ زَمانٍ معلومٍ فهو الفرْقُ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وهل يَمْلِكُ كُلُّ واحدٍ منهما الاستِغْلالَ في نوبَتِه؟ لا خلافَ في أنّهما إذا لم يَشترِطا (٢) - لم (٣) يَمْلِكْ، فأمّا إذا شرَطا ذكر القُدوريُّ رحمه الله أنّه لا يَمْلِكُ؛ لأنّ هذا النَّوْعَ من المُهاياةِ في معنى الإعارةِ (٤)، والعاريّةُ لا تُؤجَرُ وذكر [في] (٥) الأصلُ: أنّ التّهايُؤَ في الدّارِ الواحدةِ على السُّكْنَى و (٦) الغلّةِ جائزةٌ (٧). منهم مَنْ قال: المذكورُ في الأصلِ ليس بمُهايَئاتٍ حقيقةً؛ لِوجهَيْنِ.

احدُهما: أنّه أضافَ التّهايُؤَ إلى الغلّةِ دونَ الاستِغْلالِ، والغلّةُ لا تحتمِلُ التّهايُؤَ حقيقةً إذْ هي عَيْنٌ، والتّهايُؤُ قسمةُ المَنافعِ دونَ الأعيانِ.

والثّاني: أنّه ذكر فيه أنّ غَلّةَ الدّارِ إذا وصَلَتْ (٨) في يَدِ أحدِهما شارَكه فيه صاحبُه، وليس ذلك حُكْمُ جوازِ المهاياة، (وكَما أنّ) (٩) المُهاياةُ بالمكانِ في الدّارَيْنِ إذا تَهايآ أنْ يأخذَ كُلُّ واحدٍ منهما [دارًا] (١٠) واحدة، يَسْتَغِلُّها فاستَغَلَّها ففَضَلَ شيءٌ من الغلّةِ في يَدِ أحدِهما، أنّ الفاضِلَ يكونُ له خاصّةً، ويكونُ المذكورُ في الأصلِ مَحْمولاً على ما إذا اصْطَلَحا على أنْ يأخذَ هذا غَلّةَ شهرٍ وذلك غَلّةَ شهرٍ، وسُمّيَ ذلك مُهاياأةً مَجازًا، وإنْ لم يكنْ ذلك مُهاياأةً حقيقةً في هذه الصّورةِ - يكونُ فضْلُ الغلّةِ مشترَكًا بينَهما، وعلى هذا يَرْتَفِعُ اختلافُ الرّوايتيْنِ ويحتملُ أنْ يكونَ المذكورُ في الأصلِ دليلاً على شرطِ جوازِ الاستِغْلالِ، إذِ الغلّةُ يجوزُ أنْ تُذْكَرَ بمعنى الاستِغْلالِ في الجُمْلةِ، وقد قام دليلُ إرادةِ الاستِغْلالِ ههنا - وهو قَرينةُ التّهايُؤِ - إذْ هي عِبارةٌ عن قسمةِ المَنافعِ دونَ الغلّةِ التي هي عَيْنُ مالِه.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يشرطا».
(٣) في المخطوط: «لا».
(٤) في المخطوط: «العارية».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «أو».
(٧) في المخطوط: «جائز».
(٨) في المخطوط: «فضلت».
(٩) في المخطوط: «كما في».
(١٠) زيادة من المخطوط.

وكذا التّهايُؤُ يكونُ على شيءٍ هو مقدورُ التّهايُؤِ [١] وهو فعلُ الاستِغْلالِ دونَ عَيْنِ الغلّةِ؛ ولهذا قَرَنَ بها السُّكْنَى الذي هو فعلُ السّاكِنِ، ويكونُ قولُه: ما فضَلَ من الغلّةِ في يَدِه يُشارِكُه فيه صاحبُه، مَحْمولاً على ما إذا تَهايَئا بشرطِ الاستِغْلالِ ابتِداءً، ثُمّ اصْطَلَحا على أنْ يأخذَ كُلُّ واحدٍ منهما غَلّةَ شهرٍ، وفي هذه الصّورةِ يكونُ فضْلُ الغلّةِ بينَهما كما في الدّارَيْنِ. فعلى هذا ثَبَتَ اختلافُ روايتي الحاكِمِ و[أحمَدَ بنِ الحُسَيْنِ] [٢] القُدوريِّ - عليهم الرَّحْمةُ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

---

(١) في المخطوط: «بالتهايؤ».

(٢) ليست في المخطوط.



كتاب الحدود



بسم الله الرحمن الرحيم

[وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم] (١)


(٢)

جمع محمّدٌ - رحمه الله - بينَ مَسائلِ الحُدودِ وبينَ مَسائلِ التّعزيرِ، وبَدَأ بمَسائلِ الحُدودِ، فنبدأ بما بَدَأ به فنقولُ - وباللَّه سبحانه وتعالى التّوْفيقُ.

الكَلامُ في الحُدودِ يَقَعُ في مَواضِعَ:

في بيانِ معنى الحدِّ لُغةً وشرْعًا.

وفي بيانِ أسبابِ وُجوبِ الحُدودِ وشرائطِ وُجوبِها.

وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به وُجوبُها عند القاضي.

وفي بيانِ صِفاتِها.

وفي بيانِ مقدارِ الواجبِ منها.

وفي بيانِ شرائطِ جوازِ إقامتِها.

وفي [بيانِ] (٣) كيْفيّةِ إقامتِها وموضِعِ الإقامةِ.

وفي بيانِ ما يُسْقِطُها بعدَ الوُجوبِ.

وفي بيانِ حُكْمِها إذا اجتَمعتْ.

وفي بيانِ حُكْمِ المَحْدودِ.

أمّا الأوّل: الحدُّ في اللُّغةِ: عِبارةٌ عن المنعِ، ومنه سُمّيَ البوّابُ حَدّادًا؛ لِمنعِه النّاسَ عن الدُّخولِ.

وفي الشرعِ: عِبارةٌ عن عُقوبةٍ مُقَدَّرةٍ واجبةٍ حَقًّا لِلَّه تعالى - عَزَّ شَأْنه - بخلافِ التّعزيرِ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) من هنا في المخطوط في [٣/ ٢أ].

(٣) ليست في المخطوط.

فإنّه ليس بمُقَدَّرٍ، قد يكونُ بالضَّرْبِ وقد يكونُ بالحبْسِ وقد يكونُ بغيرِهما، وبِخلافِ القِصاصِ فإنّه وإنْ كان عُقوبةً مُقَدَّرةً لكنّه يجبُ حَقًّا للعبدِ، حتّى يجريَ فيه العفْوُ والصُّلْحُ.

سُمِّيَ هذا النّوْعُ من العُقوبةِ حَدًّا؛ لأنّه يمنعُ صاحبَه إذا لم يكنْ مُتْلِفًا وغيرَه بالمُشاهَدةِ، ويمنعُ مَنْ يُشاهدُ [١] ذلك ويُعايِنُه إذا لم يكنْ مُتْلِفًا؛ لأنّه يتصَوّرُ حُلولَ تلك العُقوبةِ بنفسِه؛ لو باشرَ تلك الجنايةَ فيمنعُه ذلك من [٢] المُباشرةِ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في سبب وجوبها]

وأمّا بيانُ أسبابِ وُجوبِها فلا يُمْكِنُ الوُصولُ [إليه] [٣] إلاّ بعدَ معرفةِ أنواعِها؛ لأنّ سببَ وُجوبِ كُلِّ نوعٍ يختَلِفُ باختلافِ النّوْعِ، فنقولُ: الحُدودُ خمسةُ أنواعٍ: حَدُّ السّرقةِ، وحَدُّ الزِّنا، وحَدُّ الشُّرْبِ، وحَدُّ السُّكْرِ، وحَدُّ القَذْفِ.

أمّا حَدُّ السّرقةِ: فسببُ وُجوبِه السّرقةُ، وسَنذكرُ رُكْنَ السّرقةِ وشرائطَ الرُّكْنِ في كتابِ السّرقةِ.

وأمّا حَدُّ الزنا فنوعانِ: جَلْدٌ، ورَجْمٌ، وسببُ وُجوبِ كُلِّ واحدٍ منهما واحدٌ وهو الزِّنا، وإنّما يختَلِفانِ في الشّرطِ، وهو الإحصانُ، فالإحصانُ شرطٌ لِوُجوبِ الرَّجْمِ وليس بشرطٍ لِوُجوبِ الجلْدِ، فلا بُدَّ من معرفةِ الزِّنا والإحصانِ في عُرْفِ الشّرعِ.

أمّا الزنا: فهو اسمٌ للوطءِ الحرامِ في قُبُلِ المرأةِ الحيّةِ في حالةِ الاختيارِ في دارِ العدْلِ، مِمَّنِ التَزَمَ أحكامَ الإسلامِ العاري عن حقيقةِ المِلْكِ وعن شُبْهَتِه، وعن حَقِّ المِلْكِ وعن حقيقةِ النّكاحِ وشُبْهَتِه، وعن شُبْهةِ الاشْتِباهِ في موضِعِ الاشْتِباهِ في المِلْكِ والنّكاحِ جميعًا.

والأصلُ في اعتِبارِ الشُّبْهةِ في هذا البابِ الحديثُ المشهورُ، وهُوَ قولُه ﷺ: **«ادرَءُوا الحُدودَ بالشُّبُهاتِ»** [٤]؛ ولأنّ الحدَّ عُقوبةٌ مُتَكامِلةٌ فتستَدْعي جنايةً مُتَكامِلةً، والوطءُ في

---

(١) في المخطوط: «شاهد». (٢) في المخطوط: «عن».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ضعيف: أورده العجلوني في كشف الخفاء (١/ ٧٣)، وانظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٩٤)، وانظر إرواء الغليل، رقم (٢٣١٦). ومن حديث عائشة أخرج الحاكم حديثًا بنحوه، (٤/ ٤٢٦)، برقم (٨١٦٣)، وكذا البيهقي في الكبرى (٩/ ١٢٣).

القُبُلِ في غيرِ مِلْكٍ ولا نِكاحٍ لا يتكامَلُ جنايةً؛ إلاّ عند انتِفاءِ الشُّبْهةِ كُلِّها.

إذا عُرِفَ الزِّنا في عُرْفِ الشّرعِ فنُخَرِّجُ [(١)] عليه بعضَ المَسائلِ فنقولُ: الصّبيُّ أو المجنونُ إذا وطِئَ امرأةً أجنبيّةً لا حَدَّ عليه؛ لأنّ فعلَهما لا يوصَفُ بالحُرْمةِ، فلا يكونُ الوطءُ منهما زِنًا، فلا حَدَّ على المرأةِ إذا طاوَعَتْه عند أصحابِنا الثّلاثةِ رضي الله عنهم [(٢)].

وقال زُفَرُ والشّافعيُّ رضي الله عنهم: عليها الحدُّ [(٣)]. ولا خلافَ في أنّ العاقِلَ البالِغَ إذا زَنَى بصَبيّةٍ أو مجنونةٍ (أنّه يجبُ) [(٤)] عليه الحدُّ ولا حَدَّ عليها.

لهما أنّ المانِعَ من وُقوعِ الفعلِ زِنًا خَصَّ أحدَ الجانِبينِ فيختَصُّ به المنعُ، كالعاقِلِ البالِغِ إذا زَنَى بصَبيّةٍ أو مجنونةٍ أنّه يجبُ عليه الحدُّ، وإنْ كان لا يجبُ عليها؛ لِما قُلْنا. كذا هذا.

ولَنا: أنّ وُجوبَ الحدِّ على المرأةِ في بابِ الزِّنا ليس لِكونِها زانيةً؛ لأنّ فعلَ الزِّنا لا يتحَقَّقُ منها وهو الوطءُ؛ لأنّها موطوءةٌ وليستْ بواطِئةٍ، وتسميَتُها في الكتابِ العزيزِ زانيةً مَجازٌ لا حقيقةٌ، وإنّما وجَبَ عليها؛ لِكونِها مَزْنيًا بها، وفعلُ الصّبيِّ والمجنونِ ليس بزِنًا فلا تكونُ هي مَزْنيًا بها، فلا يجبُ عليها الحدُّ، وفعلُ الزِّنا يتحَقَّقُ من العاقِلِ البالِغِ فكانت الصّبيّةُ أو المجنونةُ مَزْنيًا بها، إلاّ أنّ الحدَّ لم يجبْ عليها؛ لِعَدَمِ الأهليّةِ والأهليّةُ ثابِتةٌ في جانِبِ الرّجلِ فيجبُ.

وكذلك الوطءُ في الدُّبُرِ في الأُنثى أو الذَّكَرِ لا يوجِبُ الحدَّ عند أبي حنيفةَ رحمه الله وإنْ كان حَرامًا؛ لِعَدَمِ الوطءِ في القُبُلِ فلم يكنْ زِنًا.

وعندهما [(٥)] والشّافعيُّ يوجِبُ الحدَّ - وهو الرَّجْمُ - إنْ كان مُحصَنًا والجلْدُ إنْ كان غيرَ مُحصَنٍ لا لأنّه زِنًا؛ بل لأنّه في معنى الزِّنا؛ لِمُشاركته الزِّنا في المعنى المُسْتَدْعي

---

(١) في المخطوط: «فيخرج».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٩/ ٥٤)، فتح القدير (٥/ ٢٤٨).

(٣) مذهب الشافعية: إذا مكنت العاقلة البالغة مجنونا منها عليها الحد. انظر: المهذب (٢/ ٢٦٧، ٢٦٩)، المنهاج (٤/ ١٤٧).

(٤) في المخطوط: «أن».

(٥) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».

لِوُجوبِ الحدِّ وهو الوطءُ الحرامُ على وجه التَمَحُّضِ، فكان في معنى الزِّنا، فوُرودُ النّصِّ بإيجابِ الحدِّ هناك [يكونُ] (١) وُرودًا ههنا دَلالةً.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله ما ذَكَرْنا أنّ اللِّواطةَ ليستْ بزِنًا؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الزِّنا اسمٌ للوطءِ في قُبُلِ المرأةِ، ألا تَرَى أنّه يَسْتَقيمُ أنْ يُقال: لاطَ وما زَنَى، وزَنَى وما لاطَ، ويُقالُ: فُلانٌ لوطيٌّ وفُلانٌ زانٍ (٢)، فكذا يختَلِفانِ اسمًا، واختلافُ الأسامي دليلُ [٣/ ٢ب] اختلافِ المَعاني في الأصلِ؛ ولهذا اختلف الصّحابةُ رضي الله عنهم في حَدِّ هذا الفعلِ، ولو كان هذا زِنًا - لم يكنْ لاختلافِهم معنًى؛ لأنّ موجِبَ الزِّنا كان معلومًا لهم بالنّصِّ فثَبَتَ أنّه ليس بزِنًا ولا في معنى الزِّنا أيضًا؛ لِما في الزِّنا من اشْتِباه الأنْسابِ وتَضْييعِ الولدِ ولم يوجدْ ذلك في هذا الفعلِ، إنّما فيه تَضْييعُ الماءِ المَهينِ الذي يُباحُ مثلُه بالعزْلِ، وكذا ليس في معناه فيما شُرِعَ له الحدُّ وهو الزَّجْرُ؛ لأنّ الحاجةَ إلى شرْعِ الزّاجرِ فيما يَغْلِبُ وُجودُه ولا يَغْلِبُ وُجودُ هذا الفعلِ؛ لأنّ وُجودَه يتعلّقُ باختيارِ شَخْصَيْنِ، ولا اختيارَ إلاّ لِداعٍ يَدْعو إليه، ولا داعي في جانِبِ المَحِلِّ أصلاً، وفي الزِّنا وُجِدَ الدّاعي من الجانِبينِ جميعًا - وهو الشَّهْوةُ المُرَكَّبةُ فيهما جميعًا - فلم يكنْ في معنى الزِّنا - فوُرودُ النّصِّ هناك ليس (٣) وُرودًا ههنا، وكذا الاختلافُ اجتِهادِ الصّحابةِ رضي الله عنهم دليلٌ على أنّ الواجبَ (٤) بهذا الفعلِ هو التّعزيرُ؛ لِوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ التّعزيرَ هو الذي يحتملُ الاختلافَ في القدرِ والصِّفةِ لا الحدُّ.

والثاني: أنّه لا مَجالَ للاجتِهادِ في الحدِّ بل لا يُعْرَفُ إلاّ بالتّوْقيفِ، وللاجتِهادِ مَجالٌ في التّعزيرِ.

وَكذا وطْءُ المرأةِ المَيِّتةِ لا يوجِبُ الحدَّ ويوجِبُ التّعزيرَ؛ لِعَدَمِ وطْءِ المرأةِ الحيّةِ. وَكذا وطْءُ البهيمةِ وإنْ كان حَرامًا؛ لانعِدامِ الوطءِ في قُبُلِ المرأةِ فلم يكنْ زِنًا، ثُمّ إنْ كانت البهيمةُ مِلْكَ الواطِئِ قيلَ: إنّها تُذْبَحُ ولا تُؤكَلُ، ولا روايةَ فيه عن أصحابِنا - رحمهم الله - لكنْ رَوَى محمّدٌ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه لم يَحُدَّ واطِئَ البَهيمةِ، وأمَرَ بالبَهيمةِ حتّى أُحْرِقَتْ بالنّارِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «زنى».
(٣) في المخطوط: «لا يكون».
(٤) في المخطوط: «الموجب».

وَكذلك الوطءُ عن إكْراهٍ لا يوجِبُ الحدَّ. وَكذلك الوطءُ في دارِ الحربِ، وفي دارِ البغْيِ لا يوجِبُ الحدَّ، حتّى إنّ مَنْ زَنَى في دارِ الحربِ أو دارِ البغْيِ ثُمّ خرج إلينا لا يُقامُ عليه الحدُّ؛ لأنّ الزّنا لم يَنْعَقِدْ سببًا لِوُجوبِ الحدِّ حينَ وُجودِه؛ لِعَدَمِ الوِلايةِ فلا يُسْتَوْفَى بعدَ ذلك.

وكذلك الحربيُّ المُسْتأمَنُ إذا زَنَى بمسلمةٍ أو ذِمّيّةٍ، أو ذِمّيٌّ زَنَى بحَرْبيّةٍ مُسْتأمَنةٍ لا حَدَّ على الحربيِّ والحربيّةِ عندهما [1].

وعند أبي يوسفَ يُحَدّانِ.

وجه قولِه أنّه لَمّا دخل دارَ الإسلام فقد التَزَمَ أحكامَ الإسلامِ مُدّةَ إقامتِه فيها فصار كالذِّمّيِّ؛ ولهذا يُقامُ عليه [حَدُّ] [2] القَذْفِ كما يُقامُ على الذِّمّيِّ.

ولهما: أنّه لم يدخلْ دارَ الإسلامِ على سَبيلِ الإقامةِ والتّوطُّنِ بل على سَبيلِ العاريّةِ؛ ليُعامِلَنا ونُعامِلَه، ثُمّ يَعودَ فلم يكنْ دُخولُه دارَ الإسلامِ دَلالةَ التِزامِه حَقَّ اللّه - سبحانه وتعالى - خالصًا، بخلافِ حَدِّ القَذْفِ؛ لأنّه لَمّا طَلَبَ الأمانَ من [3] المسلمينَ فقد التَزَمَ أمانَهم عن الإيذاءِ بنفسِه وظَهَرَ حُكْمُ الإسلامِ في حَقِّه.

ثُمّ يُحَدُّ المسلمةُ والذِّمّيّةُ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله.

وعند محمّدٍ - رحمه الله - لا يُحَدُّ، ويُحَدُّ الذِّمّيُّ بلا خلافٍ.

وجه قولِ محمّدٍ - رحمه الله - أنّ الأصلَ فعلُ الرّجلِ، وفعلُها (يَقَعُ تَبَعًا) [4] فلَمّا لم يجبْ على الأصلِ لا يجب على التّبَعِ كالمُطاوَعةِ لِلصّبيِّ والمجنونِ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ فعلَ الحربيِّ حَرامٌ مَحْضٌ، ألا تَرَى أنّه يُؤاخَذُ [به] [5] فكان زِنًا فكانت هي مَزْنيًّا بها، إلاّ أنّ الحدَّ لم يجبْ على الرّجلِ؛ لِعَدَمِ التِزامِه أحكامَنا، وهذا أمرٌ يَخُصُّه.

ويُحَدُّ الذِّمّيُّ؛ لأنّه بالذِّمّةِ والعهْدِ [6] التَزَمَ أحكامَ الإسلامِ مُطْلَقًا إلاّ (في قدرِ) [7] ما

---

(١) في المخطوط: «عند أبي حنيفة ومحمد».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بين».
(٤) في المخطوط: «تبع».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «والحد».
(٧) في المخطوط: «بقدر».

وقَعَ (الاستِثْناءُ فيه) [١] ولم يوجدْ ههنا.

وَكذلك وطْءُ الحائضِ والنُّفَساءِ والصّائمةِ والمُحْرِمةِ [والمجنونةِ] [٢] والموطوءةِ بشُبْهةٍ والتي ظاهَرَ منها أو آلى منها؛ لا يوجِبُ الحدَّ وإنْ كان [٣] حَرامًا؛ لِقيامِ المِلْكِ و [٤] النّكاح فلم يكنْ زِنًا.

وَكذلك وطْءُ الجاريةِ المشترَكةِ والمَجوسيّةِ والمُرْتَدّةِ والمُكاتَبةِ والمُحَرَّمةِ برَضاعٍ أو صِهْريّةٍ أو جمْعٍ؛ لِقيامِ المِلْكِ وإنْ كان حَرامًا وعُلِمَ بالحُرْمةِ، وكذلك وطْءُ الأبِ جاريةَ الابنِ لا يوجِبُ الحدَّ وإنْ عُلِمَ بالحُرْمةِ؛ لأنّ له في مالِ ابنِه شُبْهةَ المِلْكِ - وهو المِلْكُ من وجهٍ - أو حَقُّ المِلْكِ لِقولِه ﷺ: «أنتَ ومَالُكَ لأبِيكَ» [٥] فظاهرُ إضافةِ مالِ الابنِ إلى الأبِ بحرفِ اللّامِ يقتضي حقيقةَ المِلْكِ، فلَئِنْ تَقاعَدَ عن إفادةِ الحقيقةِ فلا يتقاعَدُ على [٦] إيراثِ الشُّبْهةِ أو حَقِّ المِلْكِ.

وكذلك وطْءُ جاريةِ المُكاتَبِ؛ لأنّ المُكاتَبَ عندنا عبدٌ ما بَقِيَ عليه درهمٌ فكان مملوكُ المولى رَقَبةً، ومِلْكُ الرَّقَبةِ يقتضي مِلْك الكَسْبِ فإنْ لم يَثْبُتْ مُقْتَضاه حقيقةً فلا أقلَّ من الشُّبْهةِ، وكذلك وطْءُ جاريةِ العبدِ المَأذونِ، سواءٌ كان عليه دَيْنٌ أو لم يكنْ، أمّا إذا لم يكنْ عليه دَيْنٌ فظاهرٌ؛ لأنّها مِلْكُ المولى، وكذلك إنْ كان عليه دَيْنٌ؛ لأنّ رَقَبةَ المَأذونِ مِلْكُ المولى ومِلْكُ الرَّقَبةِ يقتضي مِلْك الكَسْبِ كما في جاريةِ المُكاتَبِ وبل أولى؛ لأنّ كسْبَ المَأذونِ أقربُ إلى المولى من كسْبِ المُكاتَبِ، فلَمّا لم يجبِ الحدُّ هناك فههنا أولى؛ ولأنّ هذا المِلْك مَحِلُّ الاجتِهادِ؛ لأنّ العُلَماءَ اختلَفوا فيه - واختلافُهم يورِثُ شُبْهةً - فأشبَهَ وطْئًا حَصَلَ في نِكاحٍ وهو مَحِلُّ الاجتِهادِ [٣/ ٣أ]، وذا لا يوجِبُ الحدَّ كذا هذا.

وَكذلك وطْءُ الجدِّ - أبَ الأبِ وإنْ عَلا - عند عَدَمِ الأبِ بمنزلةِ وطْءِ الأبِ؛ لأنّ له

---

(١) في المخطوط: «الاشتباه له».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «كانت».
(٤) في المخطوط: «أو».
(٥) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، برقم (٣٥٣٠)، وابن ماجه، برقم (٢٢٩٢)، وأحمد، برقم (٦٨٦٣)، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل، رقم (٢٤١٨).
(٦) في المخطوط: «عن».

وِلادًا فنزَلَ منزلةَ الأبِ.

وكذلك الرّجلُ من الغانِمينَ إذا وطِئَ جاريةً من المغنَمِ قبل القسمةِ بعدَ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ أو قبله - لا حَدَّ [عليه] (١)، وإنْ عَلِمَ أنّ وطْأها عليه حَرامٌ لِثُبوتِ الحقّ له بالاستيلاءِ؛ لانعِقادِ سببِ الثُّبوتِ، فإنْ لم يَثْبُتْ فلا أقَلَّ من ثُبوتِ الحقِّ فيورِثُ شُبْهةً.

ولو جاءَتْ هذه الجاريةُ بولدٍ فادَّعاه لا يَثْبُتُ نَسَبُه منه؛ لأنّ ثُبوتَ النّسَبِ يَعْتَمِدُ المِلْكَ في المَحِلِّ، إمّا من كُلِّ وجهٍ، أو (٢) من وجهٍ، ولم يوجدْ قبل القسمةِ، بل الموجودُ حَقٌّ عامٌّ، وأنّه يَكْفي لِسُقوطِ الحدِّ ولا يَكْفي لِثُبوتِ النّسَبِ.

وَكذلك وطْءُ امرأةٍ تزوّجَها بغيرِ شُهودٍ أو بغيرِ وليٍّ عند مَنْ لا يُجيزُه لا يوجِبُ الحدَّ؛ لأنّ العُلَماءَ اختلَفوا منهم مَنْ قال: يجوزُ (٣) النّكاحُ بدونِ الشَّهادةِ والوِلايةِ، فاختلافُهم يورِثُ شُبْهةً.

وكذلك إذا تزوّجَ مُعْتَدّةَ الغيرِ أو مَجوسيّةً أو مُدَبَّرةً أو أمةً على حُرّةٍ أو أمةً بغيرِ إذنِ مولاها، أو العبدُ تزوّجَ امرأةً بغيرِ إذنِ مولاه فوَطِئَها لا حَدَّ عليه؛ لِوُجودِ لَفْظِ النّكاح من الأهلِ في المَحِلِّ، وأنّه يوجِبُ شُبْهةً.

وَكذلك إذا نَكَحَ مَحارِمَه أو الخامِسةَ أو أُخْتَ امرأتِه فوَطِئَها - لا حَدَّ عليه عند أبي حنيفةَ رحمه الله وإنْ عَلِمَ بالحُرْمةِ، وعليه التّعزيرُ (٤)، وعندهما (٥) والشّافعيِّ - رحمهم اللّٰه تعالى - عليه الحدُّ (٦).

والأصلُ عند أبي حنيفةَ رحمه الله أنّ النّكاحَ إذا وُجِدَ من الأهلِ مُضافًا إلى مَحِلٍّ قابلٍ لِمَقاصِدِ النّكاح - يمنعُ وُجوبَ الحدِّ، سواءٌ كان حَلالاً أو حَرامًا، وسواءٌ كان التّحْريمُ مُخْتَلَفًا فيه أو مُجْمَعًا عليه، وسواءٌ ظَنّ الحِلَّ فادَّعَى الاشْتِباهَ أو عَلِمَ بالحُرْمةِ.

والأصلُ عندهما (٧) أنّ النّكاحَ إذا كان مُحَرَّمًا على التّأبيدِ أو كان تَحْريمُه مُجْمَعًا عليه

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وإما».
(٣) في المخطوط: «بجواز».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٩/ ٨٥).
(٥) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٦) مذهب الشافعية: أنه إن ادعى الجهالة بأن لها زوجًا، أو أنها في عدة حلف ودرئ عنه الحد. انظر: الأم (٦/ ١٥٥).
(٧) في المخطوط: «عند أبي يوسف ومحمد».

يجبُ الحدُّ، وإنْ لم يكنْ مُحَرَّمًا على التّأبيدِ أو كان تَحْريمُه مُخْتَلَفًا فيه لا يجبُ عليه.

وجه قولِهم أنّ هذا نِكاحٌ أُضيفَ إلى غيرِ مَحِلِّه فيَلْغو، ودليلُ عَدَمِ المَحَلّيّةِ أنّ مَحِلَّ النّكاح هي المرأةُ المُحَلَّلةُ؛ لِقولِه سبحانه وتعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء:٢٤] والمَحارِمُ مُحَرَّماتٌ على التّأبيدِ؛ لِقولِ اللّه تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء:٢٣] الآيةَ إلاّ أنّه إذا ادَّعى الاشْتِباهَ، وقال: ظَنَنْتُ أنّها تَحِلُّ لي سَقَطَ الحدُّ؛ لأنّه ظَنّ أنّ صيغةَ لَفْظِ النّكاح من الأهلِ في المَحِلِّ دليلُ الحِلِّ فاعتُبِرَ هذا الظَّنُّ في حَقِّه، وإنْ لم يكنْ مُعْتَبَرًا حقيقةً إسقاطًا لِما يُدْرأُ بالشُّبُهاتِ، وإذا لم يَدَّعِ خَلا الوطء عن الشُّبْهةِ فيجبُ الحدُّ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ لَفْظَ النّكاح صَدرَ من أهلِه مُضافًا إلى مَحِلِّه فيمنعُ وُجوبَ الحدِّ، كالنّكاح بغيرِ شُهودٍ، ونِكاح المُتْعةِ [(١)] ونحوِ ذلك، ولا شَكَّ في وُجودِ [(٢)] لَفْظِ النّكاح والأهليّةِ، والدَّليلُ على المَحَلّيّةِ - أنّ مَحِلَّ النّكاح هو الأُنثى من بَناتِ سَيِّدِنا [(٣)] آدَمَ عليه الصلاة والسلام - النُّصوصُ [(٤)] والمعقولُ، أمّا النُّصوصُ، فقولُه سبحانه وتعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء:٣]، وقولُه سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا إِلَيْهَا﴾ [الروم:٢١]، وقولُه سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنَّهُۥ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ﴾ [النجم:٤٥] جعل اللّه سبحانه وتعالى النِّساءَ على العُمومِ والإطلاقِ مَحِلَّ النّكاح والزَّوْجيّةِ.

وأمّا المعقولُ؛ فلأنّ الأُنثى من بَناتِ سَيِّدِنا آدَمَ عليه الصلاة والسلام مَحِلٌّ صالِحٌ لِمَقاصِدِ النّكاح من السُّكْنَى والولدِ والتّحْصينِ وغيرِها، فكانت مَحِلًّا لِحُكْمِ النّكاح؛ لأنّ حُكْمَ التّصَرُّفِ وسيلةٌ إلى ما هو المقصودُ من التّصَرُّفِ، فلو لم يجعلْ مَحِلَّ المقصودِ مَحِلَّ الوسيلةِ لم يَثْبُتْ معنى التّوَسُّلِ، إلاّ أنّ الشّرعَ أخْرَجَها من أنْ تكونَ مَحِلًّا لِلنّكاح شرْعًا مع قيامِ المَحَلّيّةِ حقيقةً، فقيامُ [(٥)] صورةِ العقدِ والمَحَلّيّةِ يورِثُ شُبْهةً، إذِ الشُّبْهةُ اسمٌ لِما يُشْبِه الثّابِتَ وليس بثابِتٍ، أو نَقولُ: وُجِدَ رُكْنُ النّكاح والأهليّةِ والمَحَلّيّةِ على ما بيَّنّا، إلاّ أنّه فاتَ شرطُ الصّحّةِ فكان نِكاحًا فاسدًا، والوطءُ في النّكاح الفاسدِ لا يكونُ زِنًا

---

(١) في المخطوط: «المعتدة».
(٢) في المخطوط: «وجوب».
(٣) في المخطوط: «بني».
(٤) في المخطوط: «بالنصوص».
(٥) في المخطوط: «بقيام».

بالإجماعِ، وعلى هذا يَنْبَغي أنْ يُعَلَّلَ فيُقالُ: هذا الوطءُ ليس بزِنًا. فلا يوجِبُ حَدَّ الزِّنا قياسًا على النِّكاح بغيرِ شُهودٍ وسائرِ الأنْكِحةِ الفاسدةِ.

وَلو وطِئَ جاريةَ الأبِ أو الأُمِّ فإنِ ادَّعَى الاشْتِباهَ بأنْ قال: ظَنَنْتُ أنّه تَحِلُّ لي. لم يجبِ الحدُّ وإنْ لم يَدَّعِ - يجبُ، وهو تفسيرُ شُبْهةِ الاشْتِباه، وأنّها تُعْتَبَرُ في سَبْعةِ مَواضِعَ: [في] (١) جاريةِ الأبِ وجاريةِ الأُمِّ وجاريةِ المَنْكوحةِ و[جاريةِ] (٢) المُطَلَّقةِ ثلاثًا - ما دامَتْ في العِدَّةِ - وأُمِّ الولدِ - ما دامَتْ تَعْتَدُّ منه - والعبدُ إذا وطِئَ جاريةَ مولاه والجاريةِ المرهونةِ إذا وطِئَها المُرْتَهِنُ، في روايةِ كتابِ الرَّهْنِ، وفي روايةِ كتابِ الحُدودِ يجبُ الحدُّ ولا يُعْتَبَرُ ظَنُّه، أمّا إذا وطِئَ جاريةَ أبيه أو أُمِّه أو زوجَتِه؛ فلأنّ الرّجلَ يَنْبَسِطُ في مالِ أبَوَيْه وزوجَتِه ويَنْتَفِعُ به من غيرِ استئذانٍ وحِشْمةٍ عادةً.

ألا تَرَى [٣/ ٣ب] أنّه يَسْتخدِمُ جاريةَ أبَوَيْه ومَنْكوحَتِه من غيرِ استئذانٍ؛ فظَنّ أنّ هذا النَّوْعَ من الانتِفاعِ مُطْلَقٌ له شرْعًا أيضًا.

وهذا وإنْ لم يَصْلُحْ دليلاً على الحقيقةِ لكنّه (٣) لَمّا ظَنّه دليلاً اعتُبِرَ في حَقِّه؛ لإسقاطِ ما يَنْدرِئُ بالشُّبُهاتِ. وإذا لم يَدَّعِ ذلك فقد عَرَّى الوطءَ عن الشُّبْهةِ فتَمَحَّضَ حَرامًا - فيجبُ الحدُّ ولا يَثْبُتُ نَسَبُ الولدِ سواءٌ ادَّعَى بالاشْتِباه أو لا؛ لأنّ ثَباتَ النّسَبِ يَعْتَمِدُ قيامَ معنًى في المَحِلِّ وهو المِلْكُ من كُلِّ وجهٍ أو من وجهٍ ولم يوجدْ.

ولو ادَّعَى أحدُهما الظَّنّ ولم يَدَّعِ الآخرُ - لا حَدَّ عليهما ما لم يُقِرّا جميعًا أنّهما قد عَلِما بالحُرْمةِ؛ لأنّ الوطءَ يقومُ بهما جميعًا فإذا تَمَكَّنَتْ فيه الشُّبْهةُ من أحدِ الجانِبين؛ فقد تَمَكَّنَتْ من الجانِبِ الآخرِ ضرورةً. وأمّا مَنْ سِوَى الأبِ والأُمِّ من سائرِ ذَوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، كالأخِ والأُخْتِ ونحوِهما إذا وطِئَ جاريته يجبُ الحدُّ.

وإن قال: ظَنَنْتُ أنّها تَحِلُّ لي؛ لأنّ هذا دعوى الاشْتِباه في غيرِ موضِعِ الاشْتِباه؛ لأنّ الإنسانَ لا يَنْبَسِطُ بالانتِفاعِ بمالِ أخيه وأُخْتِه عادةً، فلم يكنْ هذا ظَنًّا مُسْتَنِدًا إلى دليلٍ فلا يُعْتَبَرُ، وكذلك إذا وطِئَ جاريةَ ذاتَ (٤) رَحِمٍ مَحْرَمٍ من امرأتِه؛ لِما قُلْنا.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لكن».
(٤) في المخطوط: «ذا».

أمّا إذا وطِئَ المُطَلَّقةَ ثلاثًا في العِدّةِ؛ فلأنّ [١] النّكاحَ قد زالَ في حَقِّ الحِلِّ أصلاً؛ لِوُجودِ المُبْطِلِ لِحِلِّ المَحَلّيّةِ وهو الطَّلَقاتُ الثّلاثُ، وإنّما بَقِيَ في حَقِّ الفِراشِ والحُرْمةِ على الأزْواجِ فقَطْ فتَمَحَّضَ الوطءُ حَرامًا فكان زِنًا فيوجِبُ الحدَّ؛ إلاّ إذا ادَّعَى الاشْتِباهَ وظَنّ الحِلَّ؛ لأنّه [بَنَى] [٢] ظَنّه على نوعِ دليلٍ وهو بَقاءُ النّكاح في حَقِّ الفِراشِ وحُرْمةِ الأزْواجِ فظَنّ أنّه بَقِيَ في حَقِّ الحِلِّ أيضًا، وهذا وإنْ لم يَصْلُحْ دليلاً على الحقيقةِ لكنّه لَمّا ظَنّه دليلاً اعتُبِرَ في حَقِّه دَرْءًا لِما يَنْدرِئُ بالشُّبُهاتِ، وإنْ كان طَلاقُها [٣] واحدةً بائنةً - لم يجبِ الحدُّ، وإنْ قال: عَلِمْتَ أنّها عَلَيَّ حَرامٌ؛ لأنّ زَوالَ المِلْكِ بالإبانةِ وسائرِ الكِناياتِ مُجْتَهَدٌ فيه؛ لاختلافِ الصّحابةِ رضي الله عنهم فإنّ مثلَ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه يقولُ في الكِناياتِ: إنّها رَواجعُ، وطَلاقُ الرَّجْعيِّ لا يُزيلُ المِلْك فاختلافُهم يورِثُ شُبْهةً.

وَلو خالَعَها [٤] أو طَلَّقَها على مالٍ فوَطِئَها في العِدّةِ ذكر الكَرْخيُّ أنّه يَنْبَغي أنْ يكونَ الحُكْمُ فيه كالحُكْمِ في المُطَلَّقةِ ثلاثًا، وهو الصّحيحُ؛ لأنّ زَوالَ المِلْكِ بالخُلْعِ والطّلاقِ على مالٍ مُجْمَعٌ عليه فلم تَتَحَقّقِ الشُّبْهةُ فيجبُ الحدُّ إلاّ إذا ادَّعَى الاشْتِباهَ؛ لِما ذَكَرْنا في المُطَلَّقةِ الثّلاثِ.

وكذلك إذا وطِئَ أُمَّ ولَدِه وهي تَعْتَدُّ منه بأنْ أعتقَها؛ لأنّ زَوالَ المِلْكِ بالإعتاقِ مُجْمَعٌ عليه فلم تَثْبُتِ الشُّبْهةُ.

وَأمّا العبدُ إذا وطِئَ جاريةَ مولاه، فإنّ (العبدَ يَنْبَسِطُ) [٥] في مالِ مولاه [٦] عادةً بالانتِفاعِ فكان وطْؤُه مُسْتَنِدًا إلى ما هو دليلٌ في حَقِّه فاعتُبِرَ في حَقِّه؛ لإسقاطِ الحدِّ وإذا لم يَدَّعِ يُحَدُّ؛ لِعَراءِ الوطءِ عن الشُّبْهةِ، وَأمّا المُرْتَهِنُ إذا وطِئَ الجاريةَ المرهونةَ، فوجه روايةِ كتابِ الرَّهْنِ أنّ يَدَ المُرْتَهِنِ يَدُ استيفاءِ الدَّيْنِ؛ فصار المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفيًا الدَّيْنَ من الجاريةِ يَدًا، فقد وطِئَ جاريةً هي مملوكةٌ له يَدًا؛ فلا يجبُ الحدُّ، كالجاريةِ المبيعةِ إذا وطِئَها البائعُ قبل التّسليم؛ إلاّ إذا ادَّعَى الاشْتِباهَ وقال: ظَنَنْتُ أنّها تَحِلُّ لي؛ لأنّه استَنَدَ ظَنُّه إلى نوعِ دليلٍ وهو مِلْكُ اليَدِ، فيُعْتَبَرُ في حَقِّه درأً للحَدِّ، وإذا لم يَدَّعِ فلا شُبْهةَ - فلا يجبُ الحدُّ.

---

(١) في المخطوط: «فإذن».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «طلقها».
(٤) في المخطوط: «جامعها».
(٥) في المخطوط: «للعبد تبسطًا».
(٦) في المخطوط: «المولى».

وجه روايةِ كتابِ الحُدودِ أنّ الاستيفاءَ في بابِ الرَّهْنِ إنّما يتحَقّقُ من ماليّةِ الرَّهْنِ لا من عَيْنِه؛ لأنّ الاستيفاءَ لا يتحَقَّقُ إلاّ في الجنسِ ولا مُجانَسةَ بينَ التَّوْثيقِ وبينَ عَيْنِ الجاريةِ، فلا يُتَصَوّرُ الاستيفاءُ من عَيْنِها فلا يُعْتَبَرُ ظَنُّه.

وَلو وطِئَ البائعُ الجاريةَ المبيعةَ قبل التّسليمِ - لا حَدَّ عليه، وكذلك الزَّوْجُ إذا وطِئَ الجاريةَ التي تزوّجَ عليها قبل التّسليمِ؛ لأنّ مِلْك الرَّقَبةِ وإنْ زالَ بالبيعِ والنّكاح فمِلْكُ اليَدِ قائمٌ فيورِثُ شُبْهةً.

وَلو وطِئَ المُسْتأجِرُ جاريةَ الإجارةِ [١]، والمُسْتَعيرُ جاريةَ الإعارةِ، والمُسْتَوْدِعُ جاريةَ الوديعةِ يُحَدُّ، وإنْ قال: ظَنَنْتُ أنّها تَحِلُّ لي؛ لأنّ هذا ظَنٌّ عُرّيَ عن دليلٍ فكان في غيرِ موضِعِه فلا يُعْتَبَرُ.

وَلو زُفَّتْ إليه غيرُ امرأتِه، وقُلْنَ النِّساءُ: إنّ هذه امرأتُك فوطِئَها - لا حَدَّ عليه، منهم مَنْ قال: إنّما لم يجبِ الحدُّ؛ لِشُبْهةِ الاشْتِباه، وهذا غيرُ سَديد، فإنّها إذا جاءَتْ بولدٍ يَثْبُتُ النّسَبُ، ولو كان امتناعُ الوُجوبِ لِشُبْهةِ الاشْتِباه يَنْبَغي أنْ لا يَثْبُتَ؛ لأنّ النّسَبَ لا يَثْبُتُ في شُبْهةِ الاشْتِباه كما فيما ذَكَرْنا من المَسائلِ، وههنا يَثْبُتُ النّسَبُ، دَلَّ أنّ الامتناعَ ليس لِشُبْهةِ الاشْتِباه بل لِمعنًى آخرَ. وهو إنْ وطِئَها بناءً على دليلٍ ظاهرٍ - يجوزُ بناءُ الوطءِ عليه، وهو الإخْبارُ بأنّها امرأتُه، بل لا دليلَ ههنا سِواه فلَئِنْ تَبَيَّنَ الأمرُ بخلافِه فقيامُ الدَّليلِ المُبيحِ من حيث الظّاهر يورِثُ شُبْهةً.

ولو وطِئَ اجنبيّة وقال: ظَنَنْتُ أنّها امرأتي أو [٢] جاريَتي أو شَبَّهْتُها بامرأتي [٣/ ٤أ] أو جاريَتي - يجبُ الحدُّ؛ لأنّ هذا الظَّنّ غيرُ مُعْتَبَرٍ؛ لِعَدَمِ استنادِه إلى دليلٍ فكان مُلْحَقًا بالعدَمِ فلا يَحِلُّ الوطءُ بناءً على هذا الظَّنِّ، ما لم يَعْرِفْ أنّها امرأتُه بدليلٍ، إمّا بكَلامِها أو بإخْبارِ مُخْبِرٍ، ولم يوجدْ، مع ما أنّا لو اعتبَرْنا هذا الظَّنّ في إسقاطِ الحدِّ لم يَقُمْ حَدُّ الزِّنا في موضِعٍ ما، إذِ الزّاني لا يَعْجِزُ عن هذا القدرِ فيُؤَدّي إلى سَدِّ بابِ الحدِّ.

وهَكذا رويَ عن إبراهيمَ النّخَعيّ - رحمه الله - أنّه قال: لو قيلَ هذا لَما أُقيمَ الحدُّ على أحدٍ، وكذلك لو كان الرّجلُ أعمَى فوجدَ امرأةً في بيتِه فوَقَعَ عليها وقال: ظَنَنْتُها [٣]

(١) في المخطوط: «الإجارية».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) في المخطوط: «ظننت أنها».

امرأتي عليه الحدُّ؛ لأنّ هذا ظَنٌّ لم يَسْتَنِدْ إلى دليلٍ، إذْ قد يكونُ في البيتِ مَنْ لا يجوزُ وطْؤُها من المَحارِمِ والأجنبيّاتِ؛ فلا يَحِلُّ الوطءُ بناءً على هذا الظَّنِّ فلم تَثْبُتِ الشُّبْهةُ.

ورُوِيَ عن محمّد رحمه الله في رجلٍ أعمَى دَعا امرأتَه فقال: يا فُلانةُ، فأجابَتْ غيرُها، فوَقَعَ عليها؛ أنّه يُحَدُّ، ولو أجابَتْه غيرُها وقالتْ: أنا فُلانةُ فوَقَعَ عليها - لم يُحَدَّ، ويَثْبُتُ النّسَبُ وهي كالمرأةِ المَزْفوفةِ إلى غيرِ زوجِها؛ لأنّه لا يَحِلُّ له وطْؤُها بنفسِ الإجابةِ ما لم تَقُلْ أنا فُلانةُ؛ لأنّ الإجابةَ قد تكونُ من التي ناداها، وقد تكونُ من غيرِها، فلا يجوزُ بناءُ الوطءِ على نفسِ الإجابةِ، فإذا فعَلَ لم يُعْذَرْ، بخلافِ ما إذا قالتْ: أنا فُلانةُ فوَطِئَها؛ لأنّه لا سَبيلَ للأعمَى إلى أنْ يَعْرِفَ أنّها امرأتُه إلاّ بذلك الطَّريقِ، فكان معذورًا فأشبَهَ المرأةَ المَزْفوفةَ، حتّى لو كان الرّجلُ بَصيرًا لا يُصَدَّقُ على ذلك؛ لإمكانِ الوُصولِ إلى أنّها امرأتُه بالرُّؤيةِ.

ورُوِيَ عن زُفَرَ رحمه الله في رجلٍ أعمَى وجَدَ على فِراشِه أو مجلِسِه امرأةً [نائمةً] (١) فوَقَعَ عليها وقال: ظَنَنْتُ أنّها امرأتي؛ يُدْرأُ عنه الحدُّ وعليه العُقْرُ.

وقال أبو يوسف: لا يُدْرأُ.

وجه قولِ زُفَرَ أنّه ظَنّ في موضِعِ الظَّنِّ، إذِ الظّاهرُ أنّه لا يَنامُ على فِراشِه غيرُ امرأتِه، فكان ظَنُّه مُسْتَنِدًا إلى دليلٍ ظاهرٍ؛ فيوجِبُ درْأَ الحدِّ، كما لو زُفَّتْ إليه غيرُ امرأتِه فوَطِئَها.

وجه قولِ أبي يوسفَ رحمه الله أنّ النّوْمَ على الفِراشِ لا يَدُلُّ على أنّها امرأتُه لِجوازِ أنْ يَنامَ على فِراشِه غيرُ امرأتِه، فلا يجوزُ استحلالُ الوطءِ بهذا القدرِ، فإذا استَحَلَّ وظَهَرَ الأمرُ بخلافِه - لم يكنْ معذورًا، فلا يعتبر ظنه واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في الإحصان]

وأمّا الإحصانُ، فالإحصانُ نوعانِ:

إحصانُ الرَّجْمِ.

وإحصانُ القَذْفِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

أمّا إحصانُ الرَّجمِ: فهو عِبارةٌ - في الشّرعِ - عن اجتِماعِ صِفاتٍ اعتَبَرَها الشّرعُ لِوُجوبِ الرَّجْمِ، وهي سَبْعةٌ:

العقلُ والبلوغُ والحُرّيّةُ والإسلامُ والنِّكاحُ الصّحيحُ وكونُ الزَّوْجَيْنِ جميعًا على هذه الصِّفاتِ، وهو أنْ يكونا جميعًا عاقِلينِ بالِغَيْنِ حُرَّيْنِ مسلمَيْنِ، فوُجودُ هذه الصِّفاتِ جميعًا فيهما شرطٌ؛ لِكونِ كُلِّ واحدٍ منهما مُحْصَنًا، والدُّخولُ في النِّكاح الصّحيحِ بعدَ سائرِ الشَّرائطِ مُتأخِّرًا عنها، فإنْ تَقَدَّمَها لم يُعْتَبَرْ ما لم يوجدْ دُخولٌ آخرُ بعدَها، فلا إحصانَ لِلصَّبيِّ والمجنونِ والعبدِ والكافِرِ، ولا بالنِّكاح الفاسدِ ولا بنفسِ النِّكاح ما لم يوجدِ الدُّخولُ. وما لم يكنِ الزَّوْجانِ جميعًا وقتَ الدُّخولِ على صِفةِ الإحصانِ، حتّى إنّ الزَّوْجَ العاقِلَ البالِغَ الحُرَّ المسلمَ إذا دخل بزوجَتِه، وهي صَبيّةٌ أو مجنونةٌ أو أمةٌ أو كتابيّةٌ، ثُمّ أدْرَكَتِ الصّبيّةُ وأفاقَتِ المجنونةُ وأُعْتِقَتِ الأمةُ وأسلَمَتِ الكافِرةُ [١]؛ لا يَصيرُ مُحْصَنًا ما لم يوجدْ دُخولٌ آخرُ بعدَ زَوالِ هذه العوارضِ، حتّى لو زَنَى قبل دُخولٍ آخرَ - لا يُرْجَمُ، فإذا وُجِدَتْ هذه الصِّفاتُ صار الشَّخْصُ مُحْصَنًا؛ لأنّ الإحصانَ في اللُّغةِ عِبارةٌ عن الدُّخولِ في الحِصْنِ، يُقالُ: أحصَنَ، أي دخل الحِصْنَ، كما يُقالُ: أعرَقَ أي [٢] دخل العِراقَ، وأشأَمَ أي دخل الشّامَ، وأحصَنَ أي دخل في الحِصْنِ، ومعناه دخل حِصْنًا عن الزِّنا (إذا دخل) [٣] فيه، وإنّما يَصيرُ الإنسانُ داخِلًا في الحِصْنِ عن الزِّنا عند تَوَفُّرِ المَوانِعِ، وكُلُّ واحدٍ من هذه الجُمْلةِ مانِعٌ عن الزِّنا، فعند اجتِماعِها تَتَوَفَّرُ المَوانِعُ.

أمّا العقلُ: فلأنّ لِلزِّنا عاقِبةً ذَميمةً، والعقلُ يمنعُ عن ارتِكابِ لكل ما له عاقِبةٌ ذَميمةٌ.

وأمّا البلوغُ: فلأن الصّبيَّ؛ لِنُقْصانِ عَقْلِه ولِقِلّةِ تأمُّلِه لاشْتِغالِه باللَّهْوِ واللَّعِبِ لا يَقِفُ على عَواقِبِ الأُمورِ فلا يَعْرِفُ الحميدةَ منها والذَّميمةَ.

وأمّا الحُرّيّةُ: فلأنّ الحُرَّ يَسْتَنْكِفُ عن الزِّنا وكذا الحُرّةُ؛ ولهذا لَمّا قرأ رسولُ اللّه ﷺ آيةَ المُبايَعةِ على النّساءِ وبَلَغَ إلى قولِ اللّه تعالى: ﴿وَلَا يَزْنِينَ﴾ [الممتحنة: ١٢] قالتْ هِنْدُ امرأةُ أبي سُفْيانَ: أوَتَزْني الحُرّةُ يا رسولَ اللّه؟! [٤].

---

(١) في المخطوط: «الكتابية».
(٢) في المخطوط: «إذا».
(٣) في المخطوط: «أو أدخل».
(٤) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٨/ ١٩٤)، برقم (٤٧٥٤)، وابن جرير في تفسيره (٢٨/ ٧٨)، وأورده الهيثمي في المجمع (٦/ ٣٧)، وقال: رواه أبو يعلى.

وأمّا الإسلام: فلأنّه نِعْمةٌ كامِلةٌ موجِبةٌ لِلشُّكْرِ فيمنعُ من الزِّنا الذي هو وضْعُ الكُفْرِ في موضِعِ الشُّكْرِ.

وأمّا اعتِبارُ اجتِماعِ هذه الصِّفاتِ في الزَّوْجَيْنِ جميعًا؛ فلأنّ اجتِماعَها فيهما يُشْعِرُ بكَمالِ حالِهما [٣/ ٤ب]، وذا يُشْعِرُ بكَمالِ اقْتِضاءِ الشَّهْوةِ من الجانِبينِ؛ لأنّ اقْتِضاءَ الشَّهْوةِ بالصَّبيّةِ والمجنونةِ قاصِرٌ، وكذا بالرَّقيقِ؛ لِكونِ الرّقِّ من نَتائجِ الكُفْرِ فيَنْفِرُ عنه [الطَّبْعُ] [١]، وكذا بالكافِرةِ؛ لأنّ طَبْعَ المسلمِ يَنْفِرُ عن الاستِمْتاعِ بالكافِرةِ. ولهذا قَالَ النّبيُّ ﷺ لِحُذَيْفةَ رضي الله عنه حِينَ أرَادَ أنْ يَتزوّجَ يَهُودِيّةً: «دَعْهَا فإنّهَا لَا تُحْصِنُكَ» [٢].

وأمّا الدُّخولُ بالنّكاحِ الصّحيحِ؛ فلأنّه اقْتِضاءُ الشَّهْوةِ بطريقِ حَلالٍ فيَقَعُ به الاستِغْناءُ عن الحرامِ، والنّكاحُ الفاسدُ لا يُفيدُ الحل فلا يَقَعُ به الاستِغْناءُ.

وأمّا كونُ الدُّخولِ آخِرَ الشَّرائطِ؛ فلأنّ الدُّخولَ قبل استيفاءِ سائرِ الشَّرائطِ لا يَقَعُ اقْتِضاءَ الشَّهْوةِ على سَبيلِ الكَمالِ، فلا تقعُ الغُنْيةُ به عن الحرامِ على التّمامِ، وبعدَ استيفائها تقعُ به الغُنْيةُ على الكَمالِ والتّمامِ، فثَبَتَ أنّ هذه الجُمْلةَ مَوانِعُ عن الزِّنا فيحصُلُ بها معنى الإحصانِ وهو الدُّخولُ في الحِصْنِ عن الزِّنا.

ولا خلافَ في هذه الجُمْلةِ إلاّ في الإسلامِ، فإنّه رويَ عن أبي يوسفَ أنّه ليس من شرائطِ الإحصانِ حتّى لا يَصيرَ المسلمُ مُحْصَنًا بنِكاحِ الكتابيّةِ، والدُّخولِ بها في ظاهرِ الرّوايةِ. وكذلك الذِّمّيُّ العاقِلُ البالِغُ الحُرُّ الثَّيِّبُ إذا زَنَى لا يُرْجمُ في ظاهرِ الرّوايةِ بل يُجْلَدُ [٣].

وعلى ما رويَ عن أبي يوسفَ يَصيرُ المسلمُ مُحْصَنًا بنِكاحِ الكتابيّةِ، ويُرْجمُ الذِّمّيُّ به، وبِه أخذ الشّافعيُّ [٤] - رحمه الله تعالى - واحتجّا بما رويَ أن رسول الله ﷺ رَجمَ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) لم أقف عليه من حديث حذيفة، ولكن من حديث كعب بن مالك وقصته، أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٨)، برقم (٢٠١)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢١٦)، والطبراني في الكبير (١٩/ ١٠٣)، برقم (٢٠٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٣٦)، برقم (٢٨٧٥٢)، وأورده ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٢/ ٣٩).

(٣) انظر في مذهب الأحناف: المبسوط (٩/ ٨٥).

(٤) وقال الشافعي: يحدان الذميان إذا زنيا. انظر: المزني (ص ٢٦١).

يَهوديَّيْنِ، ولو كان الإسلامُ شرطًا لَما رَجَمَ؛ ولأنّ اشْتِراطَ الإسلامِ لِلزَّجْرِ عن الزِّنا، والدِّينُ المُطْلَقُ يَصْلُحُ لِلزَّجْرِ عن الزِّنا؛ لأنّ الزِّنا حَرامٌ في الأدْيانِ كُلِّها.

ولَنا في زِنا الذِّمّيِّ قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٖ﴾ [النور:٢] أوجَبَ سبحانه وتعالى الجلْدَ [١] على كُلِّ زانٍ وزانيةٍ، أو على مُطْلَقِ الزّاني والزّانيةِ من غيرِ فصلٍ بينَ المُؤمِنِ والكافِرِ، ومتى وجَبَ الجلْدُ انتَفَى وُجوبُ الرَّجْمِ ضرورةً؛ ولأنّ زِنا الكافِرِ لا يُساوي زِنا المسلمِ في كونِه جنايةً، فلا يُساويه في استِدْعاءِ العُقوبةِ كزِنا البِكْرِ مع زِنا الثَّيِّبِ.

وبيانُ ذلك: أنّ زِنا المسلم اختُصَّ بمَزيدِ قُبْحٍ، انتَفَى ذلك في زِنا الكافِرِ وهو كونُ زِناه وضْعَ الكُفْرانِ في موضِعِ الشُّكْرِ؛ لأنّ دينَ الإسلامِ نِعْمةٌ ودينَ الكُفْرِ ليس بنِعْمةٍ، وفي زِنا المسلمِ بالكتابيّةِ قول النبي ﷺ لِحُذَيْفةَ رضي الله عنه حِينَ أرَادَ أنْ يَتزوّجَ يَهُودِيّةً: «**دَعْهَا فإنّهَا لَا تُحْصِنُكَ**»، وقولُه ﷺ: «**مَنْ أشْرَكَ باللهِ فليس بمُحْصَنٍ**» [٢]. والذِّمّيُّ مُشْرِكٌ على الحقيقةِ فلم يكنْ مُحْصَنًا وما ذَكَرْنا أنّ في اقْتِضاءِ الشَّهْوةِ بالكافِرةِ قُصورًا، فلا يتكامَلُ معنى النِّعْمةِ فلا يتكامَلُ الزّاجرُ.

وقولُه الزَّجْرُ يحصُلُ بأصلِ الدِّينِ قُلْنا: نَعَمْ، لكنّه لا يتكامَلُ إلاّ بدينِ الإسلامِ؛ لأنّه نِعْمةٌ فيكونُ الزِّنا - من المسلمِ - وضْعَ الكُفْرانِ في موضِعِ الشُّكْرِ، ودينُ الكُفْرِ ليس بنِعْمةٍ؛ فلا يكونُ في كونِه زاجرًا مثلَه.

وأمّا حَديثُ رَجْمِ اليَهوديَّيْنِ فيُحْتَمَلُ أنّه كان قبل نُزولِ آيةِ الجلْدِ؛ فانتَسَخَ بها. ويُحْتَمَلُ أنّه كان بعدَ نُزولِها، ونَسْخُ خَبَرِ الواحدِ أهونُ من نَسْخِ الكتابِ [العزيز] [٣]، وإحصانُ كُلِّ واحدٍ من الزّانيَيْنِ ليس بشرطٍ لِوُجوبِ الرَّجْمِ على أحدِهما، حتّى لو كان أحدُهما مُحْصَنًا والآخرُ غيرَ مُحْصَنٍ، فالمُحْصَنُ منهما يُرْجَمُ، وغيرُ المُحْصَنِ يُجْلَدُ، ثُمّ إذا ظَهَرَ إحصانُ الزّاني بالبيِّنةِ أو بالإقرارِ يُرْجَمُ بالنّصِّ والمعقولِ.

---

(١) في المخطوط: «الحد».

(٢) ضعيف: أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٧)، برقم (١٩٨)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢١٦)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٣٦)، برقم (٢٨٧٥٤) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما. انظر السلسلة الضعيفة، رقم (٧١٧).

(٣) ليست في المخطوط.

أما النصُّ: فالحديثُ المشهورُ، وهو قول النبي ﷺ: «**لَا يَحِلُّ دَمُ امرِئٍ مسلم إلَّا بإحدى معانٍ ثَلَاثٍ: كُفرٌ بعدَ إيمَانٍ، وزِنًا بعدَ إحصَانٍ، وقَتْلُ نفسٍ بغيرِ حَقٍّ**»[(١)]. ورُوِيَ أنَّه ﷺ رَجَمَ مَاعِزًا وكَانَ مُحْصَنًا[(٢)]. وأمّا المعقولُ فهو أنّ المُحْصَنَ إذا تَوَفَّرَتْ عليه المَوانِعُ من الزِّنا، فإذا أقدَمَ عليه مع تَوَفُّرِ المَوانِعِ - صار زِناه غايةً في القُبْحِ، فيُجازَى بما هو غايةٌ في العُقوباتِ الدُّنْيَوِيَّةِ وهو الرَّجْمُ؛ لأنّ الجزاءَ على قدرِ الجنايةِ، ألا تَرَى أنّ اللَّهَ سبحانه وتعالى تَوَعَّدَ نِساءَ النّبيِّ ﷺ بمُضاعَفةِ العذابِ إذا أَتَيْنَ بفاحشةٍ؛ لِعِظَمِ جنايَتِهِنّ؛ لِحُصولِها مع تَوَفُّرِ المَوانِعِ فيهنّ؛ لِعِظَمِ نِعَمِ اللَّه - سبحانه وتعالى - عليهنّ؛ لِنَيْلِهِنّ صُحْبةَ رسولِ اللَّه ﷺ ومُضاجَعَتَه[(٣)]، فكانت جنايَتُهُنّ على تقديرِ[(٤)] الإتيانِ غايةً في القُبْحِ، فأوعِدْنَ بالغايةِ من الجزاءِ. كذا ههنا.

ولا يُجْمَعُ بينَ الجلْدِ والرَّجْمِ عند عامّةِ العُلَماءِ[(٥)]، وقال بعضُ النّاس: يُجْمَعُ بينَهما؛

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الديات، باب: الإمام يأمر بالعفو في الدم، برقم (٤٥٠٢)، والترمذي، برقم (٢١٥٨)، والنسائي (٤٠١٩)، وابن ماجه (٢٥٣٣)، وأحمد (٤٣٩)، والدارمي (٢٢٩٧)، من حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٧٦٤١).

(٢) قصة رجم ماعز بن مالك وردت عن غير واحد من صحابة رسول الله ﷺ ومنهم ابن عباس رضي الله عنهما. أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم (١٦٩٣)، وأبو داود، برقم (٤٤٢٥)، والترمذي، برقم (١٤٢٧).

وعن ابن عباس أيضًا أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت، برقم (٦٨٢٤)، وأبو داود، برقم (٤٤٢٧)، من حديث ابن عباس أخرجه أبو داود بسند صحيح، كتاب الحدود، باب: رجم ماعز بن مالك، برقم (٤٤٢١)، والطبراني في الكبير (١١/ ٣٤٠)، برقم (١١٩٤٥)، انظر صحيح سنن أبي داود.

وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب: الرجم بالمصلى، برقم (٦٨٢٠)، [وطرفاه: ٥٢٧٠، ٦٨١٤]، ومسلم، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم (١٦٩١).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب: سؤال الإمام المقر هل أحصنت، برقم (٦٨٢٦)، [وأطرافه: ٥٢٧٢، ٦٨١٥، ٧١٦٧]، ومسلم، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم (١٦٩١).

(٣) في المخطوط: «مصاحبته».

(٤) في المخطوط: «قدر».

(٥) انظر في مذهب الحنفية: الجامع الصغير (ص ٢٣٥)، المختصر (ص ٢٦٣).

ومذهب الشافعية: إذا وجب عليه حدان، فأقيم أحدهما لم يقم عليه الحد الآخر حتى يبرأ إلا الرجم فإنه يرجم. انظر: مختصر اختلاف الفقهاء (٣/ ٢٨٧).

ومذهب المالكية: إن رأى الإمام أن يجمعهما عليه جمعهما، وإن رأى أن يفرقهما فعل. انظر: المدونة

لِظاهرِ قولِه ﷺ: «وَالثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائةٍ، ورَجْمٌ بالحِجَارةِ»(١).

ولَنا أن رسول الله ﷺ رَجَمَ مَاعِزًا ولم يجْلِدْه، ولو وجَبَ الجمْعُ بينَهما لَجمع؛ ولأنّ الزِّنا جنايةٌ واحدةٌ فلا يوجِبُ إلاّ عُقوبةً واحدةً، والجلْدُ والرَّجْمُ كُلٌّ واحدٍ منهما عُقوبةٌ على حِدةٍ، فلا يجبانِ لِجنايةٍ(٢) واحدةٍ.

والحديثُ مَحْمولٌ على الجمْعِ بينَهما في الجلْدِ والرَّجْمِ، لكنْ في [٣/ ٥أ] حالينِ فيكونُ عملًا بالحديثِ.

وإذا فُقِدَ شرطٌ من شرائطِ الإحصانِ لا يُرْجَمُ بل يُجْلَدُ؛ لأنّ الواجبَ بنفسِ الزِّنا هو الجلْدُ بآيةِ الجلْدِ؛ ولأنّ زِنا غيرَ المُحْصَنِ لا يَبْلُغُ غايةً في القُبْحِ فلا تَبْلُغُ عُقوبَتُه النِّهايةَ، فيُكْتَفَى بالجلْدِ.

وهل يُجْمَعُ بينَ الجلْدِ والتَّغْريبِ؟ اختُلِفَ فيه قال أصحابُنا: لا يُجْمَعُ إلاّ إذا رأى الإمامُ المَصْلَحةَ في الجمْعِ بينَهما؛ فيجمَعُ(٣).

وقال الشافعيُ - رحمه الله: يُجْمَعُ بينَهما(٤)، احتجَّ بما رُوِيَ أن النبي ﷺ أنه قَالَ: «البِكْرُ بالبِكْرِ جَلْدُ مِائةٍ، وتَغريبُ عَامٍ»(٥).

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه جَلَدَ وغَرَّبَ(٦)، وكذا رويَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه فعَلَ كذا(٧)(٨)، ولم يُنْكِرْ عليهما أحدٌ من الصّحابةِ، فيكونُ إجماعًا.

(٦/ ٢٤٣)، وذهب ابن أبي ليلى أن يجمع عليه الحدين، وقد خطأه أبو حنيفة فيه. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٢٨٨).

(١) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب: حد الزنى، برقم (١٦٩٠)، وأبو داود، كتاب الحدود، باب: في الرجم، برقم (٤٤١٥)، والترمذي، برقم (١٤٣٤)، وابن ماجه، برقم (٢٥٥٠)، من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٢) في المخطوط: «بجناية».

(٣) **انظر في مذهب الحنفية:** مختصر الطحاوي (ص ٢٦٢)، المبسوط (٩/ ٤٤)، رؤوس المسائل (ص ٤٨١)، شرح فتح القدير (٥/ ٢٤١)، الاختيار (٤/ ٨٦).

(٤) **وفي بيان مذهب الشافعية:** أنه إذا كان الزاني محصنًا فحده الرجم ولا يجلد معه. انظر: الأم (٥/ ١٣٣)، الوسيط (٦/ ٤٣٥)، الروضة (١٠/ ٨٦)، المنهاج (ص ١٣٢)، مغني المحتاج (٤/ ١٤٧).

(٥) **انظر ما قبله.**

(٦) أخرج مالك في الموطأ أثرًا بهذا المعنى، برقم (١٥٦٥).

(٧) في المخطوط: «هكذا».

(٨) أخرج عبد الرزاق في مصنفه أثرًا بهذا المعنى (٧/ ٣١٤)، برقم (١٣٣٢٣).

ولَنا قولُه عزّ وجلّ: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] . والاستِدْلالُ به من وجهَيْنِ:

احدُهما: أنّه - عزّ وجلّ - أمَرَ بجَلْدِ الزّانيةِ والزّاني، ولم يَذْكُرِ التّغْريبَ، فمَنْ أوجَبَه فقد زادَ على كتابِ اللّه - عزّ وجلّ - والزّيادةُ على النص نَسْخٌ، ولا يجوزُ نَسْخُ النّصِّ بخَبَرِ الواحدِ.

والثاني: أنّه سبحانه وتعالى جعل الجلْدَ جَزاءً، والجزاءُ اسمٌ لِما تقعُ به الكِفايةُ مَأخوذٌ من الاجتِزاءِ - وهو الاكتِفاءُ - فلو أوجَبنا التّغْريبَ لا تقعُ الكِفايةُ بالجلْدِ، وهذا خلافُ النّصِّ؛ ولأنّ التّغْريبَ تَحْريضٌ [(١)] للمُغرَّبِ على [(٢)] الزّنا؛ لأنّه ما دامَ في بَلَدِه يَمْتَنِعُ عن العشائرِ والمَعارِفِ أو حياءً منهم، وبالتّغْريبِ يَزولُ هذا المعنى فيُعَرّى الدّاعي عن المَوانِعِ [(٣)] فيُقْدِمُ عليه، والزّنا قَبيحٌ فما أفضَى إليه مثلُه، وفعلُ الصّحابةِ مَحْمولٌ على أنّهم رأَوا ذلك مَصْلَحةً على طريقِ التّعزيرِ.

ألا يُرَى [(٤)] أنّه رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه نَفَى رجلاً فلَحِقَ بالرّومِ فقال: لا أنْفي بعدَها أبَدًا [(٥)].

وعن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: كفَى بالنّفيِ فِتْنةً [(٦)] فدَلَّ أنّ فعلَهم كان على طريقِ التّعزيرِ، ونحنُ به نَقولُ: إنّ للإمامِ أنْ يَنْفيَ إنْ رأى المَصْلَحةَ في التّغْريبِ، ويكونُ النّفيُ تَعْزيرًا لا حَدًّا، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وأمّا إحصانُ القَذْفِ فنذْكُرُه في حَدِّ القَذْفِ إنْ شاء اللّه تعالى.

فصل [في حد الشرب والسكر]

وأمّا حَدُّ الشُّرْبِ فسببُ وُجوبِه الشُّرْبُ؛ وهو شُرْبُ الخمرِ خاصّةً، حتّى يجبَ الحدُّ بشُرْبِ قليلِها وكَثيرِها، ولا يتوَقَّفُ الوُجوبُ على حُصولِ السُّكْرِ منها، وحَدُّ السُّكْرِ [(٧)] سببُ وُجوبِه السُّكْرُ الحاصِلُ بشُرْبِ ما سِوَى الخمرِ من الأشرِبةِ المعهودةِ المُسْكِرةِ

(١) في المخطوط: «تعريض».
(٢) في المخطوط: «عن».
(٣) في المخطوط: «المانع».
(٤) في المخطوط: «ترى».
(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣١٤)، برقم (١٣٣٢٠).
(٦) انظر المصدر السابق.
(٧) في المخطوط: «الشرب».

كالسُّكَّرِ ونَقيعِ الزَّبيبِ، والمطبوخِ أدْنَى طَبْخةٍ من عَصيرِ العِنَبِ أو التّمرِ والزَّبيبِ والمُثلَّثِ ونحوِ ذلك، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في شروط وجوبها]

وأمّا شرائطُ وُجوبِها:

فمنها: العقلُ.

ومنها: البلوغُ، فلا حَدَّ على المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ.

ومنها: الإسلامُ فلا حَدَّ على الذِّمّيِّ والحربيِّ المُسْتأمَنِ بالشُّرْبِ ولا بالسُّكْرِ في ظاهرِ الرِّوايةِ.

ومنها: عَدَمُ الضَّرورةِ في شُرْبِ الخمرِ، فلا حَدَّ على مَنْ أُكْرِهَ على (شُرْبِ خمرٍ) [1] ولا على مَنْ أصابَتْه مَخْمَصةٌ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الحدَّ عُقوبةٌ مَحْضةٌ فتستَدْعي جنايةً مَحْضةً، وفعلُ الصّبيِّ والمجنونِ لا يوصَفُ بالجنايةِ، وكذا الشُّرْبُ لِضرورةِ المَخْمَصةِ، والإكْراه حَلالٌ فلم يكنْ جنايةً، وشُرْبُ الخمرِ مُباحٌ لأهلِ الذِّمّةِ عند أكثرِ مَشايِخِنا فلا يكونُ جنايةً.

وعند بعضِهم - وإنْ كان حَرامًا - لكنّا نُهينا على التّعريضِ [2] لهم وما يَدينونَ وفي إقامةِ الحدِّ عليهم تَعَرُّضٌ لهم من حيث المعنى؛ لأنّها تمنَعُهم من الشُّرْبِ.

وعن الحسنِ بنِ زيادٍ أنّهم إذا شربوا وسَكِروا يُحَدّونَ لأجلِ السُّكْرِ لا لأجلِ الشُّرْبِ؛ لأنّ السُّكْرَ حَرامٌ في الأدْيانِ كُلِّها، وما قاله الحسنُ حَسَنٌ.

ومنها: بَقاءُ اسمِ الخمرِ للمشروبِ وقتَ الشُّرْبِ في حَدِّ الشُّرْبِ؛ لأنّ وُجوبَ الحدِّ بالشُّرْبِ تَعَلُّقٌ به، حتّى لو خُلِطَ الخمرُ بالماءِ، ثُمّ شُرِبَ نُظِرَ فيه إنْ كانت الغلَبَةُ للماءِ لا حَدَّ عليه؛ لأنّ اسمَ الخمريّةِ [3] يَزولُ عند غَلَبةِ الماءِ، وإنْ كانت الغلَبةُ للخمرِ أو كانا سواءً يُحَدُّ؛ لأنّ اسمَ الخمرِ باقٍ وهي عادةُ بعضِ الشَّرَبةِ أنّهم يَشْرَبونَها ممزوجةً بالماءِ، وكذلك مَنْ شرِبَ دُرْديَّ الخمرِ لا حَدَّ عليه؛ لأنّ دُرْديَّ الخمرِ لا يُسَمّى خمرًا وإنْ كان لا

---

(١) في المخطوط: «الشرب».
(٢) في المخطوط: «التعرض».
(٣) في المخطوط: «الخمر».

يخلو عن أجزاءِ الخمرِ.

فأمّا الذُّكورةُ: فليستْ بشرطٍ حتّى يجبَ الحدُّ على الذَّكَرِ والأُنثى. وأمّا الحُرّيّةُ فكذلك إلاّ أنّ حَدَّ الرَّقيقِ يكونُ على النّصفِ من حَدِّ الحُرّ.

ولا حَدَّ على مَنْ توجَدُ منه رائحةُ الخمرِ؛ لأنّ وُجودَ رائحةِ الخمرِ لا يَدُلُّ على شُرْبِ الخمرِ؛ لِجوازِ أنّه تَمضمَضَ بها ولم يَشْرَبْها، أو شرِبَها عن إكْراهٍ أو مَخْمَصةٍ، وكذلك مَنْ تَقَيَّأَ خمرًا لا حَدَّ عليه؛ لِما قُلْنا، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وأمّا الأشربةُ التي تُتَّخَذُ من الأطْعِمةِ كالحِنْطةِ والشَّعيرِ والدُّخْنِ والذُّرةِ والعسَلِ والتّينِ والسُّكَّرِ ونحوِها، فلا يجبُ الحدُّ بشُرْبِها؛ لأنّ شُرْبَها حَلالٌ عندهما [1]، وعند محمّدٍ وإنْ كان حَرامًا لكنْ هي حُرْمةُ مَحَلِّ الاجتِهادِ، فلم يكنْ شُرْبُها جنايةً مَحْضةً فلا تَتَعَلَّقُ [2] بها عُقوبةٌ مَحْضةٌ ولا بالسُّكْرِ منها، وهو الصّحيحُ؛ لأنّ [٣/ ٥ب] الشُّرْبَ إذا لم يكنْ حَرامًا أصلاً فلا عِبْرةَ بنفسِ السُّكْرِ كشُرْبِ البنجِ ونحوِه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في حد القذف]

وأمّا حَدُّ القَذْفِ فسببُ وُجوبِه القَذْفُ بالزِّنا؛ لأنه نَسَبَه إلى الزِّنا، وفيها إلْحاقُ العارِ بالمقذوفِ فيجبُ الحدُّ دَفْعًا للعارِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في شروط وجوبه]

وأمّا شرائطُ وُجوبِه فأنواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى القاذِفِ.

وبعضُها يرجعُ إلى المقذوفِ.

وبعضُها يرجعُ إليهما جميعًا.

وبعضُها إلى المقذوفِ به.

وبعضُها يرجعُ إلى المقذوفِ فيه.

---

(١) في المخطوط: «عند أبي حنيفة وأبي يوسف».
(٢) في المخطوط: «يعلق».

وبعضُها يرجعُ إلى نفسِ القَذْفِ.

أمّا الذي يرجعُ إلى القاذِفِ فأنواعٌ ثلاثةٌ:

أحدُها: العقلُ.

والثاني: البلوغُ، حتّى لو كان القاذِفُ صَبيًّا أو مجنونًا لا حَدَّ عليه؛ لأنّ الحدَّ عُقوبةٌ فيَسْتَدْعي كونَ القَذْفِ جنايةً، وفعلُ الصّبيِّ والمجنونِ لا يوصَفُ بكونِه جنايةً.

والثالثُ: عَدَمُ إثباتِه بأربعةِ شُهَداءَ، فإنْ أتَى بهم لا حَدَّ عليه؛ لِقولِه سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾ [النور: ٤] علّق - سبحانه وتعالى - وُجوبَ إقامةِ الحدِّ بعدَ الإثباتِ [١] بأربعةِ شُهودٍ، وليس المُرادُ منه عَدَمَ الإتيانِ في جميعِ العُمْرِ، بل عند القَذْفِ والخُصومةِ، إذْ لو حُمِلَ على الأبَدِ لَما أُقيمَ حَدٌّ أصلاً، إذْ لا يُقامُ بعدَ الموتِ؛ ولأنّ الحدَّ إنّما وجَبَ لِدَفْعِ عارِ الزِّنا عن المقذوفِ، وإذا ظَهَرَ زِناه بشهادةِ الأربعةِ لا يحتملُ الاندِفاعَ بالحدِّ؛ ولأنّ هذا شرطٌ يَزْجُرُ عن قَذْفِ المُحْصَناتِ.

وأمّا حُرّيّةُ القاذِفِ وإسلامُه وعِفَّتُه عن فعلِ الزِّنا فليس بشرطٍ؛ فيُحَدُّ الرَّقيقُ والكافِرُ ومَنْ لا عِفّةَ له عن الزِّنا، والشّرطُ إحصانُ المقذوفِ لا إحصانَ القاذِفِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - الموَفِّقُ.

فصل [فيما يرجع إلى المقذوف]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقذوفِ فشيئانِ:

أحدُهما: أنْ يكونَ مُحْصَنًا رجلاً كان أو امرأةً وشرائطُ إحصانِ القَذْفِ خمسةٌ: العقلُ والبلوغُ والحُرّيّةُ والإسلامُ والعِفّةُ عن الزِّنا، فلا يجبُ الحدُّ بقَذْفِ الصّبيِّ والمجنونِ والرَّقيقِ والكافِرِ ومَنْ لا عِفّةَ له عن الزِّنا.

أمّا العقلُ والبلوغُ؛ فلأنّ الزِّنا لا يُتَصَوّرُ من الصّبيِّ والمجنونِ فكان قَذْفُهما بالزِّنا كذِبًا مَحْضًا فيوجِبُ التّعزيرَ لا الحدَّ.

وأمّا الحُرّيّةُ؛ فلأنّ اللَّهَ سبحانه وتعالى شرَطَ الإحصانَ في آيةِ القَذْفِ، وهي قولُه

---

(١) في المخطوط: «الإتيان».

تَبارَك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور:٤] والمُرادُ من المُحْصَناتِ ههنا الحرائرُ لا العفائفُ عن الزِّنا، فدَلَّ أنّ الحُرّيّةَ شرطٌ، ولأنّا لو أوجَبنا على قاذِفِ المملوكِ الجلْدَ؛ لَأوجَبنا ثَمانينَ، وهو لو أتَى بحقيقةِ الزِّنا لا يُجْلَدُ إلاّ خمسينَ وهذا لا يجوزُ؛ لأنّ القَذْفَ نِسْبةٌ إلى الزِّنا وأنّه دونَ حقيقةِ الزِّنا.

وأمّا الإسلامُ والعِفّةُ عن الزِّنا؛ فلِقولِه تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النور:٢٣] والمُحْصَناتُ الحرائرُ، والغافِلاتُ العفائفُ عن الزِّنا، والمُؤمِناتُ معلومةٌ فدَلَّ أنّ الإيمانَ والعِفّةَ عن الزِّنا والحُرّيّةِ شرطٌ، ودَلَّتْ هذه الآيةُ على أنّ المُرادَ من المُحْصَناتِ في هذه الآيةِ الحرائرُ لا العفائفُ؛ لأنّه سبحانه وتعالى جمع في هذه الآيةِ بينَ المُحْصَناتِ والغافِلاتِ في الذِّكْرِ والغافِلاتُ العفائفُ؛ فلو أُريدَ بالمُحْصَناتِ العفائفُ لكان تَكْرارًا؛ ولأنّ الحدَّ إنّما يجبُ لِدَفْعِ العارِ عن المقذوفِ، ومَنْ لا عِفّةَ له عن الزِّنا لا يَلْحَقُه العارُ بالقَذْفِ بالزِّنا، وكذا قول النبي ﷺ: «مَنْ أشرَكَ باللّه فليس بمُحْصَنٍ»[1] يَدُلُّ على أنّ الإسلامَ شرطٌ؛ ولأنّ الحدَّ إنّما وجَبَ بالقَذْفِ دَفْعًا لِعارِ الزِّنا عن المقذوفِ، و[2] ما في الكافِرِ من عارِ الكُفْرِ أعظَمُ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

ثُمّ تفسيرُ العِفّةِ عن الزِّنا: هو إنْ لم يكنِ المقذوفُ وطِئَ في عُمْرِه وطْئًا حَرامًا في غيرِ مِلْكٍ ولا نِكاحٍ أصلاً، ولا في نِكاحٍ فاسدٍ فسادًا مُجمَعًا عليه في السَّلَفِ، فإنْ كان فعَلَ سَقَطَتْ عِفّتُه سواءٌ كان الوطءُ زِنًا موجِبًا للحَدِّ، أو لم يكنْ، بعدَ أنْ يكونَ على الوصْفِ الذي ذَكَرْنا، وإنْ كان وطِئَ وطْئًا حَرامًا لكنْ في المِلْكِ أو النِّكاح حقيقةً، أو في نِكاحٍ فاسدٍ لكنْ فسادًا هو مَحِلُّ الاجتِهادِ؛ لا تسقُطُ عِفّتُه.

وبيانُ هذه الجُمْلةِ في مَسائلَ: إذا وطِئَ امرأةً لشُبْهةٍ بأنْ زُفَّتْ إليه غيرُ امرأتِه فوَطِئَها سَقَطَتْ عِفّتُه؛ لِوُجودِ الوطءِ الحرامِ في غيرِ مِلْكٍ ولا نِكاحٍ أصلاً، إلاّ أنّه لم يجبِ الحدُّ؛ لِقيامِ الدَّليلِ المُبيحِ من حيث الظّاهر على ما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ، وكذلك إذا وطِئَ جاريةً مشترَكةً بينَه وبينَ غيرِه؛ لأنّ الوطءَ يُصادِفُ كُلَّ الجاريةِ - وكُلُّها ليس مِلْكَه - فيُصادِفُ مِلْكَ الغيرِ لا مَحالةَ، فكان الفعلُ زِنًا من وجهٍ، لكنْ دُرِئَ الحدُّ لِلشُّبْهةِ.

وكذلك إذا وطِئَ جاريةَ أبَوَيْه أو زوجَتِه أو جاريةً اشتراها، وهو يَعْلَمُ أنّها لِغيرِ البائعِ،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) زاد في المخطوط: «في».

ثُمّ استُحِقّتْ؛ لِما قُلْنا، وكذلك لو وطِئَ جاريةَ ابنِه فأعلَقَها أو لم يُعْلِقْها؛ لِوُجودِ الوطءِ المُحَرَّمِ في غيرِ مِلْكٍ حقيقةً. وَلو وطِئَ الحائضَ أو النُّفساءَ أو الصّائمةَ أو المُحْرِمةَ أو الحُرّةَ التي ظاهَرَ منها، [٣/ ٦١أ] أو الأمةَ المُزَوّجةَ - لم تسقُطْ عِفَّتُه؛ لِقيامِ المِلْكِ أو النّكاح حقيقةً، وأنّه مُحَلَّلٌ إلاّ أنّه مُنِعَ من الوطءِ لِغيرِه، وكذا إذا وطِئَ مُكاتَبَتَه في قول أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الرّوايتيْنِ عن أبي يوسفَ وفي روايةٍ أُخرى عنه، وهو قولُ زُفَرَ؛ تسقُطُ عِفَّتُه.

وجه قولِهما أنّ هذا وطْءٌ حَصَلَ في غيرِ المِلْكِ؛ لأنّ عقدَ الكتابةِ أوجَبَ زَوالَ المِلْكِ في حَقِّ الوطءِ، ألا تَرَى أنّه لا يُباحُ له أنْ يَطَأها، وكذا المَهْرُ يكونُ لها لا للمولى، وهذا دليلُ زَوالِ المِلْكِ في حَقِّ الوطءِ.

ولَنا أنّ الوطءَ يُصادِفُ الذّاتَ، ومِلْكُ الذّاتِ قائمٌ بعدَ الكتابةِ، فكان المِلْكُ المُحَلِّلُ قائمًا، وإنّما الزّائلُ مِلْكُ اليَدِ فمُنِعَ من الوطءِ؛ لِما فيه من استِرْدادِ يَدِها على نفسِها فأشبَهَتِ الجاريةَ المُزَوّجةَ. ولو تزوّجَ مُعْتَدّةَ الغيرِ أو مَنْكوحةَ الغيرِ أو مرتدة أو مَجوسيّةً أو أُخْتَه من الرَّضاعِ؛ سَقَطَتْ عِفَّتُه، سواءٌ عَلِمَ أو لم يَعْلم في قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه وعندهما (١) إذا [كان لا يَعْلَمُ] (٢) - لا تسقُطُ.

وجه قولِهما: أنّه إذا لم يَعْلم - لا يكونُ الوطءُ حَرامًا، بدليلِ أنّه لا يأثَمُ ولو كان حَرامًا لأَثِمَ، وإذا لم يكنْ حَرامًا - لم تسقُطِ العِفّةُ.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ حُرْمةَ الوطءِ هٰهنا ثابِتةٌ بالإجماعِ، إلاّ أنّ الإثمَ مُنْتَفٍ، والإثمُ ليس من لَوازِمِ الحُرْمةِ على ما عُرِفَ، وإذا كانت الحُرْمةُ ثابِتةً بيَقينٍ سَقَطَتِ العِفّةُ.

ولو قَبَّلَ امرأةً بشَهْوةٍ أو نَظَرَ إلى فرْجِها بشَهْوةٍ، ثُمّ تزوّجَ بابنَتِها فوَطِئَها أو تزوّجَ بأُمِّها فوَطِئَها؛ لا تسقُطُ عِفَّتُه في قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - وعندهما (٣) تسقُطُ.

وجه قولِهما أنّ التّقْبيلَ أو النّظَرَ أوجَبَ حُرْمةَ المُصاهَرةِ، وإنّها حُرْمةٌ مُؤَبّدةٌ فتسقُطُ العِصْمةُ كحُرْمةِ الرَّحِمِ المَحْرَمِ، ولأبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ هذه الحُرْمةَ ليستْ

(١) في المخطوط: «عند أبي يوسف ومحمد».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «عند أبي يوسف ومحمد».

مُجْمَعًا عليها، بل هي مَحِلُّ الاجتِهادِ في السَّلَفِ، فلا تسقُطُ العِفّةُ.

فَأمّا إذا تزوّجَ امرأةً فوَطِئَها، ثُمّ تزوّجَ ابنَتَها أو أُمَّها فوَطِئَها سَقَطَتْ [١] عِفَّتُه بالإجماعِ؛ لأنّ هذا النّكاحَ مُجْمَعٌ على فسادِه، فلم يكنْ مَحِلَّ الاجتِهادِ. ولو تزوّجَ امرأةً بغيرِ شُهودٍ فوَطِئَها - سَقَطَتْ عِفَّتُه؛ لأنّ فسادَ هذا النّكاحَ مُجْمَعٌ عليه لا اختلافَ فيه في السَّلَفِ، إذْ لا يُعْرَفُ الخلافُ فيه بينَ الصّحابةِ فلا يُعْتَدُّ بخلافِ مالِكٍ فيه.

وَلو تزوّجَ أمةً وحُرّةً في عُقْدةٍ واحدةٍ فوَطِئَها، أو تزوّجَ أمةً على حُرّةٍ فوَطِئَهما - لم تسقُطْ عِفَّتُه؛ لأنّ فسادَ هذا النّكاحِ ليس مُجْمَعًا عليه في السَّلَفِ، بل هو مَحَلُّ الاجتِهادِ فالوطءُ فيه لا يوجِبُ سُقوطَ العِفّةِ.

وَلو تزوّجَ ذِمّيٌّ امرأةً وهى ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه ثُمّ أسلَمَ فقَذَفَه رجلٌ إنْ كان قد دخل بها بعدَ الإسلامِ - سَقَطَتْ عِفَّتُه بالإجماعِ، وإنْ كان الدُّخولُ في حالِ الكُفْرِ - لم تسقُطْ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندهما [٢] تسقُطُ، هكذا ذكر الكَرْخيُّ.

وذكر محمّدٌ رحمه الله - في الأصلِ أنّه يُشترَطُ إحصانُه، ولم يَذْكُرِ الخلافَ.

وهو الصّحيحُ؛ لأنّ هذا النّكاحَ مُجْمَعٌ على فسادِه، وإنّما سَقَطَ الحدُّ على أصلِ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - لِنوعِ شُبْهةٍ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وَلا [٣] حَدَّ على مَنْ قَذَفَ امرأةً مَحْدودةً في الزِّنا، أو معها ولَدٌ لا يُعْرَفُ له أبٌ أو لاعَنَتْ بولدٍ؛ لأنّ أمارةَ الزِّنا معها ظاهرةٌ فلم تَكُنْ عَفيفةً، فإنْ لاعَنَتْ بغيرِ الولدِ أو مع الولدِ لكنّه لم يَقْطَعِ النّسَبَ أو قَطَعَ لكنّ الزَّوْجَ عادَ وأكذَبَ نفسَه وأُلْحِقَ النّسَبُ بالأبِ - حُدَّ؛ لأنّه لم يَظْهَرْ منها عَلامةُ الزِّنا - فكانت عَفيفةً.

والثاني: أنْ يكونَ المقذوفُ معلومًا فإنْ كان مجهولاً لا يجبُ الحدُّ كما إذا قال لِجماعةٍ: كُلُّكُمْ زانٍ إلاّ واحدًا، أو قال: ليس فيكُمْ زانٍ إلاّ واحدٌ، أو قال لِرجلينِ: أحدُكما [٤] زانٍ؛ لأنّ المقذوفَ مجهولٌ.

ولو قال لِرجلينِ: أحدُكما زانٍ، فقال له رجلٌ: أحدُهما هذا، فقال: لا، لا حَدَّ للآخرِ؛

---

(١) في المخطوط: «تسقط».
(٢) في المخطوط: «عند أبي يوسف ومحمد».
(٣) في المخطوط: «على».
(٤) في المخطوط: «أحدهما».

لأنّه لم يَقْذِفْ بصَريحِ الزِّنا، ولا بما هو في معنى الصّريحِ، ولو قال لِرجلٍ: جَدُّك زانٍ لا حَدَّ عليه لأنّ اسمَ الجدِّ يَنْطَلِقُ على الأسفَلِ وعلى الأعلى فكان المقذوفُ مجهولاً ولو قال لِرجلٍ أخوك زانٍ، فإنْ كان له إخْوةٌ، أو أخَوانِ سِواه - لا [1] حَدَّ على القاذِفِ؛ لأنّ المقذوفَ مجهولٌ، وإنْ لم يكنْ له إلاّ أخٌ واحدٌ فعليه الحدُّ إذا حَضرَ وطالَبَ؛ لأنّ المقذوفَ معلومٌ وليس لهذا الأخِ وِلايةُ المُطالَبةِ؛ لِما نذكرُ في موضِعِه، إنْ شاء اللَّه تعالى.

وأمّا حياةُ المقذوفِ وقتَ القَذْفِ فليس بشرطٍ؛ لِوُجوبِ الحدِّ على القاذِفِ، حتّى يجبَ الحدُّ بقَذْفِ المَيِّتِ؛ لِما نذكرُ في موضِعِه، إنْ شاء اللَّه تعالى.

فصل [فيما يرجع إليهما جميعاً]

وَأمّا الذي يرجعُ إليهما جميعًا فواحدٌ، وهو أنْ لا يكونَ القاذِفُ أب المقذوفِ ولا جَدَّه وإنْ عَلا، ولا أُمَّه ولا جَدَّتَه وإنْ عَلَتْ، فإنْ كان - لا حَدَّ عليه؛ (لِقولِ اللَّه) [2] تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء:٢٣] والنّهيُ عن التّأفيفِ نَصًّا، نَهْيٌ عن الضَّرْبِ دَلالةً؛ ولهذا لا يُقْتَلُ به قِصاصًا؛ ولِقولِه [٣/ ٦ب] تَبارَك وتعالى: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [البقرة:٨٣] والمُطالَبُ [3] بالقَذْفِ ليس من الإحسانِ في شيءٍ فكان مَنْفيًّا بالنّصِّ؛ ولأنّ تَوْقيرَ الأبِ واحترامَه واجبٌ شرْعًا وعَقْلاً، والمُطالَبَةُ بالقَذْفِ للحدِّ [4] تكون تَرْكُ التّعظيمِ والاحترامِ فكان حَرامًا، واللَّه - سبحانه وتعالى - الموَفِّقُ.

فصل [فيما يرجع إلى المقذوف به]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقذوفِ به فنوعانِ:

أحدُهما: أنْ يكونَ القَذْفُ بصَريحِ [الزِّنا] [5] أو [6] ما يجري مجرَى الصّريحِ، وهو نَفْيُ النّسَبِ فإنْ كان بالكِنايةِ - لا يوجِبُ الحدَّ؛ لأنّ الكِنايةَ مُحْتَمَلةٌ والحدُّ لا يجبُ مع الشُّبْهةِ، فمع الاحتمالِ أولى.

---

(١) في المخطوط: «على».
(٢) في المخطوط: «لقوله».
(٣) في المخطوط: «والمطالبة».
(٤) في المطبوع: «للجَدِّ».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المطبوع: «و».

وبيانُ هذه الجُمْلةِ في مَسائلَ: إذا قال لِرجلٍ: يا زاني أو قال: زَنَيْتَ، أو قال أنْتَ زاني - يُحَدُّ، لأنّه أتَى بصَريحِ القَذْفِ بالزِّنا.

ولو قال: يا زانِئ (بالهَمْزِ) أو: زَنَأْتَ (بالهَمْزِ) - يُحَدُّ، ولو قال: عَنَيْتُ به الصُّعودَ في الجبَلِ - لا يُصَدَّقُ، لأنّ العامّةَ لا تُفرِّقُ بينَ المَهْموزِ والمُلَيَّنِ، وكذا من العرَبِ مَنْ يَهْمِزُ المُلَيَّنَ فبَقيَ مُجَرَّدُ النّيّةِ، فلا يُعْتَبَرُ، ولو قال: زَنَأْتَ في الجبَلِ - يُحَدُّ، ولو قال: عَنَيْتُ به الصُّعودَ في الجبَلِ لا يُصَدَّقُ في قولِهما [(١)]، وعند محمّدٍ - رحمه الله - يُصَدَّقُ، ولو قال: زَنَأْتَ على الجبَلِ، وقال: عَنَيْتُ به الصُّعودَ - لا يُصَدَّقُ بالإجماعِ.

وجه قولِ محمّدٍ - رحمه الله - أنّ الزِّنا الذي هو فاحشةٌ مُلَيَّنٌ يُقالُ: زَنَى يَزْني زِنًا، والزِّنا الذي هو صُعودٌ مَهموزٌ، يُقالُ: زَنَأَ يَزْنَأُ زَنْئًا، وقال الشّاعِرُ: [من الرجز].

وارقَ إلى الخيراتِ زَنْئًا في الجبل

وأرادَ به الصُّعودَ إلاّ أنّه إذا لم يَقُلْ عَنَيْتُ به الصُّعودَ - حُمِلَ على الزِّنا المعروفِ؛ لأنّ اسمَ الزِّنا يُسْتَعْمَلُ (في الفُجورِ) [(٢)] عُرْفًا وعادةً، وإذا قال عَنَيْتُ به الصُّعودَ فقد عَنَى به ما هو موجِبُ اللَّفْظِ لُغةً فلَزِمَ اعتِبارُه.

(وجه قولِهما) [(٣)]: أنّ اسمَ الزِّنا يُسْتَعْمَلُ في الفُجورِ عُرْفًا وعادةً، والعامّةُ لا تفصِلُ بينَ المَهْموزِ والمُلَيَّنِ بل تستَعْمِلُ المَهْموزَ مُلَيَّنًا والمُلَيَّنَ مَهْموزًا، فلا يُصَدَّقُ في الصّرْفِ عن المُتَعارَفِ، كما إذا قال: زَنَيْتَ في الجبَلِ، وقال عَنَيْتُ به الصُّعودَ، أو: زَنَأْتَ ولم يَذْكُرِ الجبَلَ، إلاّ أنّه استَعْمَلَ كلِمة «في» مكان كلِمةِ «على»، وأنّه جائزٌ، قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] أي على جُذوعِ النّخْلِ ومن مَشايِخِنا مَنْ عَلَّلَ لهما بأنّ المَهْموزَ منه يحتملُ معنى المُلَيَّنِ وهو الزِّنا المعروفُ؛ لأنّ من العرَبِ مَنْ يَهْمِزُ المُلَيَّنَ فيتعَيَّنُ معنى المُلَيَّنِ بدَلالةِ الحالِ وهي حالُ الغضَبِ [(٤)]؛ لأنّ المسألةَ مقصورةٌ فيها.

وإذا قال: زَنَأْتَ على الجبَلِ، وقال عَنَيْتُ به الصُّعودَ - لم يُصَدَّقْ؛ لأنّه لا تُسْتَعْمَلُ كلِمةُ «على» في الصُّعودِ، فلا يُقالُ: صَعِدَ على الجبَلِ، وإنّما يُقالُ: صَعِدَ في الجبَلِ. ولو قال لِرجلٍ: يا ابنَ الزّاني - فهو قاذِفٌ لأبيه، كأنّه قال: أبوك زاني، ولو قال: يا ابنَ الزّانيةِ -

---

(١) في المخطوط: «قول أبي حنيفة وأبي يوسف».
(٢) في المخطوط: «فيه».
(٣) في المخطوط: «ولهما».
(٤) في المخطوط: «الغضب».

فهو قاذِفٌ لأمِّه، كأنّه قال: أُمُّك زانيةٌ، ولو قال: يا ابنَ الزّاني والزّانيةِ - فهو قاذِفٌ لأبيه وأُمِّه، كأنّه قال: أبَواك زانيانِ.

ولو قال: يا ابنَ الزِّنا أو يا ولَدَ الزِّنا - كان قَذْفًا؛ لأنّ معناه في عُرْفِ النّاس وعادَتِهم أنّك مَخْلوقٌ من ماءِ الزِّنا، ولو قال: يا ابنَ الزّانيتيْنِ [1] - يكونُ قَذْفًا، ويُعْتَبَرُ إحصانُ أُمِّه التي ولَدَتْه لا إحصانَ جَدَّتِه، حتّى لو كانت أُمُّه مسلمةً فعليه الحدُّ، وإنْ كانت جَدَّتُه كافِرةً وإنْ كانت أُمُّه كافِرةً - فلا حَدَّ عليه، وإنْ كانت جَدَّتُه مسلمةً؛ لأنّ أُمَّه في الحقيقةِ والِدَتُه والجدّةُ تُسَمَّى أُمًّا مَجازًا. وكذلك لو قال: يا ابنَ مائةِ زانيةٍ، أو يا ابنَ ألفِ زانيةٍ - يكونُ قاذِفًا لأمِّه، ويُعْتَبَرُ في الإحصانِ حالُ الأُمِّ؛ لِما قُلْنا، ويكونُ المُرادُ من العدَدِ المذكورِ عَدَدَ المَرّاتِ لا عَدَدَ الأشخاصِ، أي أُمُّك زَنَتْ مائةَ مَرّةٍ أو ألفَ مَرّةٍ.

ولو قال: يا ابنَ القَحْبةِ لم يكنْ قاذِفًا؛ لأنّ هذا الاسمَ كما يُطْلَقُ على الزّانيةِ يُسْتَعْمَلُ على المُهَيَّأةِ المُسْتَعِدّةِ لِلزِّنا وإنْ لم تَزْنِ، فلا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الاحتمالِ.

وكذلك لو قال: يا ابنَ الدَّعيّةِ؛ لأنّ الدَّعيّةَ هي المرأةُ المَنْسوبةُ إلى قَبيلةٍ لا نَسَبَ لها منهم، وهذا لا يَدُلُّ على كونِها زانيةً؛ لِجوازِ ثُبوتِ نَسَبِها من غيرِهم.

ولو قال لِرجلٍ: يا زاني فقال الرّجلُ: لا، بل أنْتَ الزّاني، أو قال: لا، بل أنْتَ - يُحَدّانِ جميعًا؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما قَذَفَ صاحبَه صَريحًا.

ولو قال لامرأةٍ: يا زانيةُ، فقالتْ: زَنَيْتُ بك - لا حَدَّ على الرّجلِ؛ لأنّ المرأةَ صَدَّقَتْه في القَذْفِ، فخرج قَذْفُه من أنْ يكونَ موجِبًا للحَدِّ، وتُحَدُّ المرأةُ؛ لأنّها قَذَفَتْه بالزِّنا نَصًّا ولم يوجدْ منه التّصْديقُ، ولو قال لامرأةٍ: يا زانيةُ، فقالتْ زَنَيْتُ معك - لا حَدَّ على الرّجلِ، ولا على المرأةِ، أمّا على الرّجلِ؛ فلِوُجودِ التّصْديقِ منها إيّاه. وأمّا على المرأةِ؛ فلأنّ قولها زَنَيْتُ معك يحتملُ أنْ يكونَ المُرادُ منه زَنَيْتُ بك، ويحتملُ أنْ يكونَ معناه زَنَيْتُ بحَضْرَتِك، فلا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الاحتمالِ، ولو قال لامرأتِه: يا زانيةُ، فقالتْ لا، بل أنْتَ - حُدَّتِ المرأةُ حَدَّ القَذْفِ [٣/ ٧أ]، ولا لِعانَ على الرّجلِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ من الزَّوْجَيْنِ قَذَفَ صاحبَه، وقَذْفُ المرأةِ يوجِبُ حَدَّ القَذْفِ، وقَذْفُ الزَّوْجِ امرأتَه يوجِبُ اللِّعانَ، وكُلُّ واحدٍ منهما حُدَّ. وفي البِدايةِ بحَدِّ المرأةِ إسقاطُ الحدِّ عن الرّجلِ؛ لأنّ اللِّعانَ شهاداتٌ

(١) في المخطوط: «الزانيين».

مُؤَكَّدةٌ بالأيمانِ، والمَحْدودُ في القَذْفِ لا شهادةَ له.

ونَظيرُ هذا ما قالوا فيمَنْ قال لامرأتِه: يا زانيةُ بنتُ الزّانيةِ، فخاصَمَتِ الأمُّ أوّلاً فحُدَّ الزَّوْجُ حَدَّ القَذْفِ - سَقَطَ اللِّعانُ؛ لأنّه بَطَلَتْ شهادَتُه، ولو خاصَمَتِ المرأةُ أوّلاً فلاعَنَ القاضي بينَهما، ثُمّ خاصَمَتِ الأمُّ - يُحَدُّ الرّجلُ حَدَّ القَذْفِ، ولو قال لامرأتِه: يا زانيةُ، فقالتْ زَنَيْتُ بك - لا حَدَّ ولا لِعانَ؛ لأنّه يُحْتَمَلُ أنّها أرادَتْ بقولِها زَنَيْتُ بك أي قبل النّكاح ويُحْتَمَلُ أنّها أرادَتْ أي ما مَكَّنْتُ من الوطءِ غيرَك فإنْ كان ذلك زِنًا فهو زِنًا؛ لأنّ هذا مُتعارَفٌ فإنْ أرادَتِ الأوّلَ - لا يجبُ اللِّعانُ، ويجبُ الحدُّ؛ لأنّها أقَرَّتْ بالزّنا وإنْ أرادَتْ به الثّاني - يجبُ اللِّعانُ؛ لأنّ الزَّوْجَ قَذَفَها بالزّنا، وهي لم تُصَدِّقْه فيما قَذَفَها به؛ ولا حَدَّ عليها فوَقَعَ الاحتمالُ في ثُبوتِ كُلِّ واحدٍ منهما فلا يَثْبُتُ.

ولو قال لامرأةٍ: أنْتِ زانيةٌ، فقالتِ المرأةُ: أنْتَ أزْنَى مِنّي - يُحَدُّ الرّجلُ. ولا تُحَدُّ المرأةُ، أمّا الرّجلُ؛ فلأنّه قَذَفَها بصَريحِ الزّنا ولم يوجدْ منها التّصْديقُ. وأمّا المرأةُ؛ فلأنّ قولَها: أنْتَ أزْنَى مِنّي يُحْتَمَلُ أنّها أرادَتْ به النِّسْبةَ إلى الزّنا على التّرْجيحِ، ويُحْتَمَلُ أنّها أرادَتْ أنْتَ أقدرُ على الزّنا وأعلمُ به مِنّي، فلا يُحْمَلُ على القَذْفِ مع الاحتمالِ.

وكذلك إذا قال لإنسانٍ: أنْتَ أزْنَى النّاس، أو أزْنَى الزُّناةِ، أو أزْنَى من فُلانٍ - لا حَدَّ عليه؛ لِما قُلْنا.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه فرَّقَ بينَ قولِه: أزْنَى النّاس، وبينَ قولِه: أزْنَى مِنّي أو من فُلانٍ، فقال في الأوّلِ: يُحَدُّ، وفي الثّاني: لا يُحَدُّ.

ووجه الفرْقِ له أنّ قوله: أنْتَ أزْنَى النّاس، أمكَنَ حَمْلُه على ما يقتضيه ظاهرُ الصّيغةِ وهو التّرْجيحُ في وُجودِ فعلِ الزّنا منه؛ لِتَحَقُّقِ الزّنا من النّاس في الجُمْلةِ فيُحْمَلُ عليه.

وقوله: أنْتَ أزْنَى مِنّي أو من فُلانٍ، لا يُمْكِنُ حَمْلُه على التّرْجيح في وُجودِ الزّنا؛ لِجوازِ أنّه لم يوجدِ الزّنا منه أو من فُلانٍ، فيُحْمَلُ على التّرْجيحِ في القُدْرةِ أو العِلْمِ، فلا يكونُ قَذْفًا بالزّنا، ولو قال لِرجلٍ: زَنَيْتَ وفُلانٌ معك - كان قاذِفًا لهما؛ لأنّه قَذَفَ أحدَهما وعَطَفَ الآخرَ عليه بحرفِ «الواوِ» وأنّها للجمْعِ المُطْلَقِ، فكان مُخْبِرًا عن وُجودِ الزّنا من كُلِّ واحدٍ منهما.

رجلانِ استَبّا فقال أحدُهما لِصاحبِه: [١] ما أبي بزانٍ ولا أُمّي بزانيةٍ، لم يكنْ هذا قَذْفًا؛ لأنّ ظاهرَه [٢] نَفْيُ الزّنا عن أبيه وعن أُمّه، إلاّ أنّه قد يُكَنّي بهذا الكَلامِ عن نِسْبةِ أب صاحبِه وأُمّه إلى الزّنا. لكنّ القَذْفَ على سَبيلِ الكِنايةِ والتّعريضِ لا يوجِبُ الحدَّ، ولو قال لِرجلٍ: أنْتَ تَزْني لا حَدَّ عليه؛ لأنّ هذا اللّفْظَ يُسْتَعْمَلُ للاستِقْبالِ أو [٣] يُسْتَعْمَلُ للحالِ [والاستقبال] [٤]، فلا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الاحتمالِ، وكذلك لو قال: أنْتَ تَزْني وأنا أَضْرَبُ الحدَّ؛ لأنّ مثلَ هذا الكَلامِ في عُرْفِ النّاس لا يَدُلُّ على قَصْدِ القَذْفِ، وإنّما يَدُلُّ على طريقِ ضرْبِ المَثَلِ على الاستعجابِ أنْ كيْفَ تكونُ العُقوبةُ على إنسانٍ والجنايةُ من غيرِه؟ كما قال اللّه تَبارَك وتعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام:١٦٤].

ولو قال لامرأةٍ: ما رأيتُ زانيةً خَيْرًا منكِ، أو قال لِرجلٍ: ما رأيتُ زانيًا خَيْرًا منك لم يكنْ قَذْفًا؛ لأنّه ما جعل هذا المذكورَ خَيْرَ الزُّناةِ، وإنّما جعله خَيْرًا من الزُّناةِ. وهذا لا يقتضي وُجودَ الزّنا منه، ولو قال لامرأةٍ: زَنَى بكِ زوجُكِ قبل أنْ يتزوّجَكِ - فهو قاذِفٌ؛ فإنّه [٥] نَسَبَ زوجَها إلى زِنًا حَصَلَ منه قبل التّزوُّجِ في كلامٍ موصولٍ فيكونُ قَذْفًا.

ولو قال لامرأةٍ: وطِئَكِ فُلانٌ وطْئًا حَرامًا، أو جامعكِ حَرامًا، أو فجَرَ بكِ، أو قال لِرجلٍ: وطِئْتَ فُلانةَ حَرامًا، أو باضَعْتَها أو جامعتَها حَرامًا - فلا حَدَّ عليه؛ لأنّه لم يوجدْ منه القَذْفُ بالزّنا بل بالوطءِ الحرامِ. ويجوزُ أنْ يكونَ الوطءُ حَرامًا ولا يكونُ زِنًا، كالوطءِ بشُبْهةٍ ونحوِ ذلك.

ولو قال لِغيرِه: اذْهَبْ إلى فُلانٍ فقُلْ له: يا زاني أو يا ابنَ الزّانيةِ - لم يكنِ المُرْسِلُ قاذِفًا؛ لأنّه أمَرَ بالقَذْفِ ولم يَقْذِفْ. وأمّا الرّسولُ فإنِ [٦] ابتَدَأ فقال - لا على وجه الرّسالةِ: يا زاني أو يا ابنَ الزّانيةِ - فهو قاذِفٌ وعليه الحدُّ، وإنْ بَلّغَه على وجه الرّسالةِ بأنْ قال: أرسَلَني فُلانٌ إليك وأمَرَني أنْ أقول لك: يا زاني أو يا ابنَ الزّانيةِ - لا حَدَّ عليه؛ لأنّه لم يَقْذِفْ بل أخْبَرَ عن قَذْفِ غيرِه، ولو قال لآخرَ: أُخبِرْتُ [٧] أنّك زانٍ أو أُشْهِدْتُ على ذلك - لم يكنْ قاذِفًا؛ لأنّه حَكَى عن خَبَرِ غيرِه بالقَذْفِ وإشْهادَ غيرِه بذلك، فلم يكنْ قاذِفًا.

---

(١) زاد في المخطوط: «ما أنا بزانٍ».
(٢) في المخطوط: «ظاهر».
(٣) في المطبوع: «و».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «لأنه».
(٦) في المخطوط: «فإنه».
(٧) في المخطوط: «أخبرتك».

ولو قال لرجلٍ: يا لوطيُّ - لم يكنْ قاذِفًا [٣/ ٧ب] بالإجماعِ؛ لأنّ هذا نَسَبَه إلى قَوْمِ لوطٍ فقَطْ، وهذا لا يقتضي أنّه يعملُ عملَهم وهو اللِّواطُ، ولو أفصَحَ وقال: أنْتَ تعْمَلُ عملَ قَوْمِ لوطٍ، وسَمَّى ذلك - لم يكنْ قاذِفًا عند أبي حنيفةَ أيضًا. وعندهما هو قاذِفٌ بناءً على أنّ هذا الفعلَ ليس بزِنًا (عند أبي حنيفةَ) [١]، وعندهما هو في معنى الزِّنا، والمسألةُ مَرَّتْ في موضِعِها.

ولو قال لرجلٍ: يا زاني، فقال له آخرُ: صَدَقْتَ - يُحَدُّ القاذِفُ ولا حَدَّ على المُصَدِّقِ. أمّا الأوّلُ؛ فلِوُجودِ القَذْفِ الصّريحِ منه. وأمّا المُصَدِّقُ؛ فلأنّ قوله: صَدَقْتَ قَذْفٌ بطريقِ الكِنايةِ، ولو قال: صَدَقْتَ هو كما قُلْتَ - يُحَدُّ؛ لأنّ هذا في معنى الصّريحِ.

ولو قال لرجلٍ: أخوك زانٍ، فقال الرّجلُ: لا، بل أنْتَ - يُحَدُّ الرّجلُ؛ لأنّ كلِمةَ «لا بل»؛ لِتأكيدِ الإثباتِ، فقد قَذَفَ الأوّلَ بالزِّنا على سَبيلِ التّأكيدِ. وأمّا الأوّلُ فيُنْظَرُ إنْ كان لِلرّجلِ إخْوةٌ أو أخَوانِ سِواه - فلا حَدَّ عليه، وإنْ لم يكنْ له إلاّ أخٌ واحدٌ - فلَه أنْ يُطالِبَه بالحدِّ، وليس لهذا الأخِ المُخاطَبِ أنْ يُطالِبَه [٢]؛ لِما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ.

ولو قال: لَسْتَ لأبيك - فهو قاذِفٌ لأُمِّه، سواءٌ قال في غَضَبٍ أو رِضًا؛ لأنّ هذا الكَلامَ لا يُذْكَرُ إلاّ لِنَفْيِ النّسَبِ عن الأبِ، فكان قَذْفًا لأُمِّه، ولو قال: ليس هذا أبوك، أو قال: لَسْتَ أنْتَ ابنَ فُلانٍ لأبيه، أو قال: أنْتَ ابنُ فُلانٍ لأجنبيٍّ، إنْ كان في حالِ الغضَبِ - فهو قَذْفٌ، وإنْ كان في غيرِ حالِ الغضَبِ - فليس بقَذْفٍ؛ لأنّ هذا الكَلامَ قد يُذْكَرُ لِنَفْيِ النّسَبِ وقد يُذْكَرُ لِنَفْيِ التّشَبُّه في الأخْلاقِ، أي أخْلاقُك لا تُشْبِه أخْلاقَ أبيك، أو أخْلاقُك تُشْبِه أخْلاقَ فُلانٍ الأجنبيِّ، فلا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الشَّكِّ والاحتمالِ.

وكذلك إذا قال لرجلٍ: يا ابنَ مُزَيْقيا [٣]، أو يا ابنَ ماءِ السَّماءِ - أنّه يكونُ قَذْفًا في حالةِ الغضَبِ لا في حالةِ الرّضا؛ لأنّه يُحْتَمَلُ أنّه أرادَ به نَفْيَ النّسَبِ، ويُحْتَمَلُ أنّه أرادَ به المَدْحَ بالتّشْبيه برجلينِ من ساداتِ العرَبِ، فعامِرُ بنُ حارِثةَ كان يُسَمَّى ماءَ السَّماءِ؛ لِصَفائه وسَخائه، وعَمْرو بنُ عامِرٍ كان يُسَمَّى المُزَيْقيا [٤]؛ لمزقة [٥] الثّيابَ، إذ [٦] كان ذا ثَرْوةٍ

---

(١) في المخطوط: «عنده».
(٢) في المخطوط: «يطالب».
(٣) في المخطوط: «مرتقيا».
(٤) في المخطوط: «المرتقيا».
(٥) في المخطوط: «المرقة».
(٦) في المخطوط: «إذا».

ونحوة [١]، كان يَلْبَسُ كُلَّ يومٍ ثوبًا جديدًا، فإذا أمسَى خَلَعَه ومَزَّقَه؛ لِئَلاّ يَلْبَسَه غيرُه فيُساويه، فيُحَكَّمُ الحالُ في ذلك، فإنْ كان في حالِ الغضبِ فالظّاهرُ أنّه أرادَ به نَفْيَ النّسَبِ؛ فيكونُ قَذْفًا، وإنْ كان في حالِ الرّضا فالظّاهرُ أنّه أرادَ به المَدْحَ [٢]؛ فلم يكنْ قَذْفًا.

ولو قال لرجلٍ: أنْتَ ابنُ فُلانٍ لِعَمِّه أو لِخاله، أو لِزوجِ أُمِّه - لم يكنْ قَذْفًا؛ لأنّ العمَّ يُسَمَّى أبًا. وكذلك الخالُ وزوجُ الأُمِّ، قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿قَالُواْ نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ﴾ [البقرة:١٣٣] وإسماعيلُ كان عَمَّ يَعْقوبَ صلوات الله عليهما وقد سَمّاه أباه، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ﴾ [يوسف:١٠٠] وقيلَ: إنّهما أبوه وخالَتُه وإذا كانت الخالةُ أُمًّا - كان الخالُ أبًا، وقال اللّه تعالى: ﴿إِنَّ ٱبْنِي مِنْ أَهْلِي﴾ [هود:٤٥] قيلَ في التّفْسيرِ: إنّه كان ابنَ امرأتِه من غيرِه.

ولو قال: لَسْتَ بابنِ لِفُلانٍ [٣] لِجَدِّه - لم يكنْ قاذِفًا [٤]؛ لأنّه صادِقٌ في كلامِه حقيقةً؛ لأنّ الجدَّ لا يُسَمَّى أبًا حقيقةً بل مَجازًا.

ولو قال لعربيٍّ [٥]: يا نَبَطيُّ - لم يكنْ قَذْفًا، وكذلك إذا قال: لَسْتَ من بَني فُلانٍ، للقَبيلةِ التي هو منها - لم يكنْ قذفًا [٦] عند عامّةِ العُلَماءِ [٧]. وقال ابنُ أبي ليلى: يكونُ قَذْفًا [٨].

والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لأنّ [٩] بقولِه: يا نَبَطيُّ؛ لم يَقْذِفْه، ولكنّه نَسَبَه إلى غيرِ بَلَدِه، كمَنْ قال للبَلَديِّ: يا رُسْتاقيُّ.

---

(١) في المخطوط: «ونحوه».
(٢) في المخطوط: «القذف».
(٣) في المخطوط: «فلان».
(٤) في المخطوط: «قذفًا».
(٥) في المطبوع: «للعَرَبيِّ».
(٦) في المطبوع: «قاذِفًا».
(٧) انظر في مذهب الأحناف: مختصر الطحاوي (ص ٢٦٨)، المبسوط (٩/ ١٢٣).
ومذهب الشافعية: لو قال لعربي يا نبطي، حلّف بما أراد أن ينسبه إلى النبط، وإن قال: أردت بالقذف: الأب الجاهلي حلّف وعزر على الأذى. انظر: المزني (ص ٢٦٢).
ومذهب المالكية: إذا قال لعربي: يا نبطي أو يا فارسي أو يا رومي فعليه الحد. انظر: المدونة (٦/ ٢٢٧).
(٨) قال ابن أبي ليلى: فيمن قال لعربي يا نبطي أو لست من ولد فلان فيهما جميعًا الحد. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٣٢٤).
(٩) في المخطوط: «لأنه».

وكذلك إذا قال: يا ابنَ الخيّاطِ، أو يا ابنَ الأصفرِ أو الأسوَدِ، وأبوه ليس كذلك - لم يكنْ قاذِفًا بل يكونُ كاذِبًا، وكذلك إذا قال: يا ابنَ الأقطَعِ، أو يا ابنَ الأعوَرِ، وأبوه ليس (بأقطع ولا أعور) [(١)] - يكونُ كاذِبًا لا قاذِفًا، كما إذا قال للبَصيرِ: يا أعمَى.

ثُمّ القَذْفُ بِلِسانِ العرَبِ وغيرِه سواءٌ ويجبُ الحدُّ؛ لأنّ معنى القَذْفِ هو النِّسْبَةُ إلى الزِّنا، وهذا يتحَقَّقُ بكُلِّ لِسانٍ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

والثّاني: أنْ يكونَ المقذوفُ به مُتَصَوّرَ الوُجودِ من المقذوفِ، فإنْ كان لا يُتَصَوّرُ - لم يكنْ قذِفًا [(٢)].

وعلى هذا يخرُجُ ما إذا قال لِآخرَ: زَنَى فخذُك، أو ظَهْرُك - أنّه لا حَدَّ عليه؛ لأنّ الزِّنا لا يُتَصَوّرُ من هذه الأعضاءِ حقيقةً، فكان المُرادُ منه المَجاز من طريقِ النَّسَبِ [(٣)]، كمَا قَالَ ﷺ: «**العَينَانِ تَزنِيَانِ، واليَدَانِ تَزنِيَانِ، والرِّجْلَانِ تَزنِيَانِ، والفرجُ يُصَدِّقُ ذلك كُلَّه أو يُكذِّبُه**» [(٤)].

وكذلك لو قال: زَنَيْتَ بأُصْبُعِك؛ لأنّ الزِّنا بالأُصْبُعِ لا يُتَصَوّرُ حقيقةً، ولو قال: زَنَى فرْجُك - يُحَدُّ؛ لأنّ الزِّنا بالفرْجِ يتحَقَّقُ، كأنّه قال: زَنَيْتُ بفرْجِك.

ولو قال لامرأةٍ: زَنَيْتِ بفرَسٍ أو حِمارٍ أو بَعيرٍ أو ثورٍ - لا حَدَّ عليه؛ لأنّه يُحتَمَلُ أنّه أرادَ به [٣/ ٨أ] تمكينَها من هذه الحيَواناتِ؛ لأنّ ذلك مُتَصَوّرٌ حقيقةً. ويُحْتَمَلُ أنّه أرادَ به جَعْلَ هذه الحيَواناتِ عِوَضًا وأُجْرةً على [(٥)] الزِّنا، فإنْ أرادَ به الأوّلَ - لا يكونُ قَذْفًا؛ لأنّها بالتّمكينِ منها لا تَصيرُ مَزْنِيًّا بها؛ لِعَدَمِ تَصوُّرِ الزِّنا من البهيمةِ، وإنْ أرادَ به الثّاني - يكونُ قَذْفًا، كما إذا قال زَنَيْتِ بالدَّراهمِ أو بالدَّنانيرِ أو بشيءٍ من الأمتِعةِ - فلا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الاحتمالِ.

ولو قال لها: زَنَيْتِ بناقةٍ أو ببَقَرةٍ أو أتانٍ أو رَمَكةٍ - فعليه الحدُّ؛ لأنّه تَعذَّرَ حَمْلُه على

---

(١) في المطبوع: «كذلك».
(٢) في المطبوع: «قاذفًا».
(٣) في المخطوط: «التسبيب».
(٤) أخرجه البخاري، كتاب الاستئذان، باب: زنا الجوارح دون الفرج، برقم (٦٢٤٣)، [وطرفه: ٦٦١٢]، ومسلم، كتاب: القدر، باب: قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره، برقم (٢٦٥٧)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٥) في المخطوط: «في».

التّمكينِ فيُحْمَلُ على العِوَضِ. لأنّ حرفَ «الباءِ» قد يُسْتَعْمَلُ في الأعواضِ [١]، ولو قال ذلك لِرجلٍ - لم يكنْ قَذْفًا في جميعِ ذلك سواءٌ كان ذَكَرًا أو أُنثى؛ لأنّه يُمْكِنُ حَمْلُه على حقيقةِ الوطءِ، ووطؤُها لا يُتَصَوّرُ أنْ يكونَ زِنًا فلا يكونُ قَذْفًا، ويُمْكِنُ حَمْلُه على العِوَضِ [٢] فيكونُ قَذْفًا فوَقَعَ الاحتمالُ في كونِه قَذْفًا فلا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الاحتمالِ.

ومن مَشايِخِنا مَنْ فصَلَ بينَ الذَّكرِ والأُنثى فقال: يكونُ قَذْفًا في الذَّكَرِ لا في الأُنثى؛ لأنّ فعلَ الوطءِ من الرّجلِ يوجدُ في الأُنثى فلا يُحْمَلُ على العِوَضِ، ولا يوجدُ في الذَّكَرِ فيُحْمَلُ على العِوَضِ، والصّحيحُ أنّه لا فرْقَ بينَ الذَّكَرِ والأُنثى؛ لأنّ الوطءَ يُتَصَوّرُ في الصِّنْفَيْنِ في الجُمْلةِ.

ولو قال لامرأةٍ زَنَيْتِ وأنْتِ مُكْرَهةٌ أو معتوهةٌ أو مجنونةٌ أو نائمةٌ - لم يكنْ قَذْفًا؛ لأنّه نَسَبَها إلى الزّنا في حالٍ لا يُتَصَوّرُ منها وُجودُ الزّنا فيها، فكان كلامُه كذِبًا لا قَذْفًا.

وبمثلِه لو قال لأمةٍ أُعْتِقَتْ: زَنَيْتِ وأنْتِ أمةٌ، أو قال لِكافِرةٍ أسلَمَتْ: زَنَيْتِ وأنْتِ كافِرةٌ - يكونُ قَذْفًا وعليه الحدُّ؛ لأنّ في المسألةِ الأولى قَذَفَها للحالِ بالزّنا في حالٍ لا يُتَصَوّرُ منها وُجودُ الزّنا فيها، فكان كلامُه كذِبًا لا قَذْفًا، وفي المسألةِ الثّانيةِ قَذَفَها للحالِ لِوُجودِ الزّنا منها في حالٍ يُتَصَوّرُ منها الزّنا وهي حالُ الرّقِّ والكُفْرِ؛ لأنّهما لا يمنعانِ وُقوعَ الفعلِ زِنًا، وإنّما يمنعانِ الإحصانَ. والإحصانُ يُشترَطُ وُجودُه وقتَ القَذْفِ؛ لأنّه السَّبَبُ الموجِبُ للحَدِّ وقد وُجِدَ.

ولو قال لإنسانٍ: لَسْتَ لأُمِّك - لا حَدَّ عليه؛ لأنّه كذِبٌ مَحْضٌ؛ لأنّه نَفْيُ النّسَبِ من الأُمِّ ونَفْيُ النّسَبِ من الأُمِّ لا يُتَصَوّرُ، ألا تَرَى أنّ أُمّه ولَدَتْه حقيقةً.

وكذلك لو قال له: لَسْتَ لأبَوَيْك؛ لأنّه نَفْيُ نَسَبه عنهما ولا يَنْتَفي عن الأُمِّ؛ لأنّها ولَدَتْه فيكونُ كذِبًا، بخلافِ قولِه: لَسْتَ لأبيك؛ لأنّ ذلك ليس بنَفْيٍ لِوِلادةِ الأُمِّ، بل هو نَفْيُ النّسَبِ عن الأبِ، ونَفْيُ النّسَبِ عن الأبِ يكونُ قَذْفًا للأُمِّ، وكذلك لو قال له: لَسْتَ لأبيك ولَسْتَ لأُمِّك في كلامٍ موصولٍ - لم يكنْ قَذْفًا؛ لأنّ هذا وقولَه: لَسْتَ لأبَوَيْك سواءٌ.

---

(١) في المخطوط: «الأعراض».

(٢) في المخطوط: «العرض».

ولو قال له: لَسْتَ لِآدَمَ أو لَسْتَ لِرجلٍ أو لَسْت لِإنسانٍ - لا حَدَّ عليه؛ لأنه كذِبٌ مَحْضٌ؛ لأنّ نَسَبَه لا يحتملُ الانقِطاعَ عن هَؤُلاءِ فكان كذِبًا مَحْضًا لا قَذْفًا فلا يجبُ الحدُّ.

وعلى هذا يخرُجُ ما إذا قال لِرجلٍ: يا زانيةُ، أنّه - لا يكونُ قَذْفًا (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) [١].

وعند محمّدٍ يكونُ قَذْفًا.

وجه قولِه [٢]: أنّ «الهاءَ» قد تدخلُ صِلةً زائدةً في الكَلامِ، قال اللّه - تعالى [عَزَّ شَأنُه - خَبرًا عن الكُفّارِ] [٣]: ﴿مَآ أَغْنَىٰ عَنِّي مَالِيَهْ ۜ هَلَكَ عَنِّي سُلْطَٰنِيَهْ﴾ [الحاقة: ٢٨-٢٩] ومعناه: مالي وسُلْطاني «والهاءُ» زائدةٌ؛ فيُحْذَفُ الزّائدُ فيَبْقَى قولُه: يا زاني، وقد تدخلُ في الكَلام للمُبالَغةِ في الصِّفةِ، كما يُقالُ: عَلّامةٌ ونَسّابةٌ ونحوُ ذلك فلا يختَلُّ به معنى القَذْفِ، يَدُلُّ عليه إنْ حَذَفَه في نَعْتِ المرأةِ لا يُخِلُّ بمعنى القَذْفِ، حتّى لو قال لامرأةٍ: يا زاني - يجبُ الحدُّ بالإجماعِ، فكذلك الزّيادةُ في نَعْتِ الرّجلِ.

ولهما: أنّه قَذَفَه بما لا يُتَصَوّرُ فيَلْغو، ودليلُ عَدَمِ التّصَوُّرِ؛ أنّه قَذَفَه بفعلِ المرأةِ وهو التّمكينُ؛ لأنّ «الهاءَ» في الزّانيةِ «هاءُ» التّأنيثِ كالضّارِبةِ والقاتلةِ والسّارِقةِ ونحوِها، وذلك لا يُتَصَوّرُ من الرّجلِ بخلافِ ما إذا قال لامرأةٍ: يا زاني؛ لأنّه أتَى بمعنى الاسمِ وحَذَفَ «الهاءَ» وهاءُ التّأنيثِ قد تُحْذَفُ في الجُمْلةِ كالحائضِ والطّالِقِ والحامِلِ ونحوِ ذلك، واللّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [فيما يرجع إلى المقذوف فيه]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقذوفِ فيه - وهو المكانُ - فهو أنْ يكونَ القَذْفُ في دارِ العدْلِ فإنْ كان في دارِ الحربِ أو في دارِ البغْيِ فلا يوجِبُ الحدَّ؛ لأنّ المُقيمَ للحُدودِ هم الأئِمّةُ، ولا وِلايةَ لإمامِ أهلِ العدْلِ على دارِ الحربِ، ولا على دارِ البغْيِ فلا يَقْدِرُ على الإقامةِ فيهما، فالقَذْفُ فيهما لا يَنْعَقِدُ موجِبًا للحَدِّ حينَ وُجودِه فلا يُحْتَمَلُ الاستيفاءَ بعدَ ذلك؛ لأنّ الاستيفاءَ للواجبِ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

---

(١) في المطبوع: «عندهما».

(٢) في المخطوط: «قول محمد».

(٣) ليست في المخطوط.

فصل [فيما يرجع إلى نفس القذف]

وأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ القَذْفِ فهو أنْ يكونَ مُطْلَقًا عن الشّرطِ والإضافةِ إلى وقتٍ، فإنْ كان مُعَلَّقًا بشرطٍ أو مُضافًا إلى وقتٍ - لا يوجِبُ الحدَّ؛ لأنّ ذكرَ الشّرطِ أو الوقتِ يمنعُ وُقوعَه قَذْفًا للحالِ، وعند وُجودِ الشّرطِ أو الوقتِ يُجْعَلُ كأنّه نَجّزَ [٣/ ٨ب] القَذْفَ - كما في سائرِ التّعليقاتِ والإضافاتِ - فكان قاذِفًا تقديرًا مع انعِدامِ القَذْفِ حقيقةً؛ فلا يجبُ الحدُّ.

وعلى هذا يخرُجُ ما إذا قال رجلٌ: مَنْ قال كذا وكذا فهو زانٍ أو ابنُ الزّانيةِ، فقال رجلٌ: أنا قُلْتُ - أنّه لا حَدَّ على المُبْتَدِئِ؛ لأنّه عَلّقَ القَذْفَ بشرطِ القولِ، وكذلك إذا قال لِرجلٍ: إنْ دَخَلْتَ هذه الدّارَ فأنْتَ زانٍ أو ابنُ الزّانيةِ فدخل - لا حَدَّ على القائلِ؛ لِما قُلْنا، وكذا مَنْ قال لِغيرِه: أنْتَ زانٍ أو ابنُ الزّانيةِ غَدًا أو رأسَ شهرِ كذا، فجاءَ الغدُ والشّهْرُ - لا حَدَّ عليه؛ لأنّ إضافةَ القَذْفِ إلى وقتٍ يمنعُ تَحقُّقَ القَذْفِ في الحالِ وفي المَآلِ على ما بَيّنّا، واللّه - عزّ وجلّ - أعلمُ بالصواب.

فصل [في بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي]

وَأمّا بيانُ ما تَظْهَرُ به الحُدودُ عند القاضي فنقولُ - وباللّه التّوْفيقُ: الحُدودُ كُلُّها تَظْهَرُ بالبيِّنةِ والإقرارِ، لكنْ عند استِجْماعِ شرائطِها.

أمّا شرائطُ البيِّنةِ القائمةِ على الحدِّ:

فمنها: ما يَعُمُّ الحُدودَ كُلَّها.

ومنها: ما يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ.

أمّا الذي يَعُمُّ الكُلّ: فالذُّكورةُ والأصالةُ، فلا تُقْبَلُ شهادةُ النِّساءِ ولا الشَّهادةُ على الشَّهادةِ، ولا كتابُ القاضي إلى القاضي في الحُدودِ كُلِّها؛ لِتَمَكُّنِ زيادةِ شُبْهةٍ فيها - ذَكَرْناها في كتابِ الشَّهاداتِ والحُدودُ - لا تَثْبُتُ مع الشُّبُهاتِ.

ولو ادَّعَى القاذِفُ أنّ المقذوفَ صَدَّقَه وأقام على ذلك رجلًا وامرأتَيْنِ - جاز، وكذلك الشَّهادةُ على الشَّهادةِ وكتابُ القاضي إلى القاضي؛ لأنّ الشَّهادةَ ههنا قامتْ على إسقاطِ

الحدِّ لا على إثباتِه، والشُّبْهةُ تمنَعُ من إثباتِ الحدِّ لا من إسقاطِه.

وأمّا الذي يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ فمنها: عَدَمُ التّقادُمِ، وأنّه شرطٌ في حَدِّ الزِّنا والسّرقةِ وشُرْبِ الخمرِ، وليس بشرطٍ في حَدِّ القَذْفِ، والفَرْقُ أنّ الشّاهدَ إذا عايَنَ الجريمةَ فهو مُخَيَّرٌ بينَ أداءِ الشَّهادةِ حِسْبةً لِلَّه تعالى؛ لقوله تعالى عزّ وجلّ: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ [الطلاق:٢] وبينَ التّسَتُّرِ [١] على أخيه المسلمِ؛ لِقولِه ﷺ: «مَن سَتَرَ على أخيه المسلمِ سَتَرَ اللَّه عليه فِي الآخِرةِ» [٢] فلَمّا لم يَشْهَدْ على فوْرِ المُعايَنةِ حتّى تَقادَمَ العهْدُ؛ دَلَّ ذلك على اختيارِ جِهةِ السِّتْرِ، فإذا شَهِدَ بعدَ ذلك - دَلَّ على أنّ الضَّغينةَ حَمَلَتْه على ذلك فلا تُقْبَلُ شهادَتُه. لِما رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: أيُّما قَوْمٍ شَهِدوا على حَدٍّ لم يَشْهَدوا عند حَضْرَتِه فإنّما شَهِدوا عن ضَغَنٍ ولا شهادةَ لهم، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ، فيكونُ إجماعًا.

فدَلَّ قولُ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه على أنّ مثلَ هذه الشَّهادةِ شهادةُ ضَغينةٍ، وأنّها غيرُ مقبولةٍ؛ ولأنّ التّأخيرَ والحالةَ هذه يوَرِّثُ تُهْمةً، ولا شهادةَ للمُتَّهَمِ على لِسانِ رسولِ اللَّه ﷺ بخلافِ حَدِّ القَذْفِ؛ لأنّ التّأخيرَ ثَمّةَ لا يَدُلُّ على الضَّغينةِ والتُّهْمةِ؛ لأنّ الدَّعْوَى هناك شرطٌ فاحتُمِلَ أنّ التّأخيرَ كان لِتأخيرِ الدَّعْوَى من المُدَّعي، والدَّعْوَى ليستْ بشرطٍ في الحُدودِ الثّلاثةِ فكان التّأخيرُ؛ لِما قُلْنا، ويُشْكِلُ على هذا فصلُ السّرقةِ فإنّ الدَّعْوَى هناك شرطٌ ومع هذا التّقادُمِ مانِعٌ.

واختلفتْ [٣] عِباراتُ مَشايِخِنا في الجوابِ عن هذا الإشْكالِ فقال بعضُهم: إنّ معنى الضَّغينةِ والتُّهْمةِ حِكْمةُ المنعِ من قَبولِ الشَّهادةِ. والسَّبَبُ الظّاهِرُ هو كونُ الحدِّ خالِصَ حَقِّ اللَّه تعالى، والحُكْمُ يُدارُ على السَّبَبِ الظّاهِرِ لا على الحِكْمةِ [٤]، وقد وُجِدَ السَّبَبُ الظّاهِرُ في السّرقةِ؛ فيوجِبُ المنعَ من قَبولِ الشَّهادةِ وهذا ليس بسَديدٍ؛ لأنّ الأصلَ تَعْليقُ الحُكْمِ بالحِكْمةِ إلاّ إذا كان وجه الحِكْمةِ خفيًّا لا يوقَفُ عليه إلاّ بحَرَجٍ، فيُقامُ السَّبَبُ الظّاهِرُ مَقامه وتُجْعَلُ الحِكْمةُ موجودةً تقديرًا، وههنا يُمْكِنُ الوُقوفُ عليه من غيرِ حَرَجٍ ولم توجَدْ في السّرقةِ؛ لِما بيَّنّا، فيجبُ أنْ تُقْبَلَ الشَّهادةُ بعدَ التّقادُمِ.

---

(١) في المخطوط: «الستر».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) في المخطوط: «احتاجت».
(٤) في المخطوط: «الحكم».

وقال بعضهم: إنّما لا تُقْبَلُ الشَّهادةُ في السّرقةِ؛ لأنّ دعوى السّرقةِ بعدَ التّقادُمِ لم [(١)] تَصِحَّ؛ لأنّ المُدَّعيَ في الابتِداءِ مُخَيَّرٌ بينَ أنْ يَدَّعيَ السّرقةَ ويَقْطَعَ طَمعه عن مالِه احتسابًا لإقامةِ الحدِّ، وبينَ أنْ يَدَّعيَ أخْذَ المالِ سَتْرًا على أخيه المسلم فلَمّا أخّرَ - دَلَّ تأخيرُه على اختيارِ جِهةِ السَّتْرِ و [(٢)] الإعراضِ عن جِهةِ الحِسْبةِ، فلَمّا شَهِدَ بعدَ ذلك؛ فقد قَصَدَ الإعراضَ عن جِهةِ السَّتْرِ فلا [(٣)] يصحُّ إعراضُه ولم يُجْعَلْ قاصِدًا جِهةَ الحِسْبَةِ؛ لأنّه قد كان أعرَضَ عنها عند اختيارِه جِهةَ السَّتْرِ فلم تَصِحَّ دعواه السّرقةَ فلم تُقْبل الشَّهادةُ على السّرقةِ؛ لأنّ قَبولَ الشَّهادةِ يَقِفُ على دعوى صَحيحةٍ فيما تُشترَطُ فيه الدَّعْوَى، فبَقيَ مُدَّعيًا أخذَ المالِ لا غيرَ؛ فتُقْبَلُ الشَّهادةُ حِسْبةً، إذِ التّقادُمُ لا يمنعُ قَبولَ الشَّهادةِ على الأموالِ بخلافِ حَدِّ القَذْفِ؛ لأنّ المقذوفَ ليس بمُخَيَّرٍ بينَ بَذلِ النّفسِ وبينَ إقامةِ الحدِّ بالدَّعْوَى، بل الواجبُ عليه دَفْعُ العارِ عن نفسِه ودعوى القَذْفِ، فلا يُتَّهَمُ [٣/ ٩أ] بالتّأخيرِ فكانت الدَّعْوَى صَحيحةً منه. والشّيخُ أبو مَنْصورٍ الماتُريديُّ - رحمه الله - أشارَ إلى معنًى آخرَ في شرْحِ الجامِعِ الصّغيرِ حَكيتُه بلَفْظِه: وهو أنّ عادةَ السُّرّاقِ الإقدامُ على السّرقةِ في حالةِ [(٤)] الغفْلةِ وانتِهازِ الفُرْصةِ في موضِعِ الخُفْيةِ، وصاحبُ الحقِّ لا يَطَّلِعُ على مَنْ شَهِدَ ذلك ولا يَعْرِفُهم إلاّ بهم وبِخَبَرِهم، فإذا كتَموا - أثِموا، وقد يَعْلَمُ المُدَّعي شُهودَه في غيرِ ذلك من الحُقوقِ، ويَطْلُبُها إذا احتاجَ إليها فكانوا في سَعةٍ من تأخيرِها.

وإذا بَطَلَتِ الشَّهادةُ على السّرقةِ بالتّقادُمِ قُبِلَتْ في حَقِّ المالِ؛ لأنّ بُطْلانَها في حَقِّ الحدِّ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهةِ فيها، والحدُّ لا يَثْبُتُ مع الشُّبْهةِ. وأمّا المالُ فيَثْبُتُ معها، ثُمّ التّقادُمُ إنّما يمنعُ قَبولَ الشَّهادةِ في الحُدودِ الثّلاثةِ؛ إذا كان التّقادُمُ في التّأخيرِ من غيرِ عُذْرٍ ظاهرٍ، فأمّا إذا كان لِعُذْرٍ ظاهرٍ بأنْ كان المشهودُ عليه في موضِعٍ ليس فيه حاكِمٌ فحُمِلَ إلى بَلَدٍ فيه حاكِمٌ، فشَهِدوا عليه - جازَتْ شهادَتُهم وإنْ تأخَّرَتْ؛ لأنّ هذا موضِعُ العُذْرِ فلا يكونُ التّقادُمُ فيه مانِعًا.

ثُمّ لم يُقدِّرْ أبو حنيفةَ - رحمه الله - لِلتَّقادُمِ تقديرًا، وفَوّضَ ذلك إلى اجتِهادِ كُلِّ حاكِمٍ في زَمانِه، فإنّه رُويَ عن أبي يوسفَ - رحمه الله - أنّه قال: كان أبو حنيفةَ -

(١) في المخطوط: «لا».
(٢) في المخطوط: «أو».
(٣) في المخطوط: «فلم».
(٤) في المخطوط: «حال».

رحمه الله - لا يوَقِّتُ في التّقادُمِ شيئًا، وجَهِدْنا به أنْ يوَقِّتَ؛ فأبَى، وأبو يوسفَ ومحمّدٌ - رحمهما الله - قَدَّراه بشهرٍ فإنْ كان شهرًا أو أكثرَ - فهو مُتَقادِمٌ، وإنْ كان دونَ شهرٍ - فليس بمُتَقادِمٍ؛ لأنّ الشَّهْرَ أدْنَى الأجَلِ فكان ما دونَه في حُكْمِ العاجِلِ.

ولأبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ التّأخيرَ قد يكونُ لِعُذْرٍ، والأعذارُ في اقْتِضاءِ التّأخيرِ مُخْتَلِفةٌ فتَعَذَّرَ التّوْقيتُ فيه؛ ففوِّضَ [1] إلى اجتِهادِ القاضي فيما (يُعَدُّ إبطاءً) [2] وما لا يُعَدُّ، وإذا لم تُقْبل شهادةُ الشُّهودِ بزِنًا مُتَقادِمٍ هل يُحَدّونَ حَدَّ القَذْفِ؟.

حَكَى الحسنُ بنُ زيادٍ أنّهم يُحَدّونَ، وتأخيرُهم مَحْمولٌ على اختيارِ جِهةِ السَّتْرِ، فخرج كلامُهم عن كونِه شهادةً؛ فبَقِيَ قَذْفًا فيوجِبُ الحدَّ.

وقال الكَرْخيُّ - رحمه الله - الظّاهرُ أنّه لا يجبُ عليهم الحدُّ، وهَكذا ذكر القاضي في شرْحِه أنّه لا حَدَّ عليهم؛ لأنّ تأخيرَهم وإنْ أورثَ تُهْمةً وشُبْهةً في الشّهادةِ - فأصلُ الشَّهادةِ باقٍ، فلَمّا اعتُبِرَتِ الشُّبْهةُ في إسقاطِ حَدِّ الزِّنا عن المشهودِ عليه، فلأنْ تُعْتبَرَ حقيقةُ الشَّهادةِ لِإسقاطِ حَدِّ القَذْفِ عن الشُّهودِ أولى.

ومنها: قيامُ الرّائحةِ وقتَ أداءِ الشَّهادةِ في حَدِّ الشُّرْبِ في قولِهما [3]. وعند محمّدٍ ليس بشرطٍ، والحُجَجُ سَتأتي في موضِعِها إن شاء الله تعالى.

ومنها: عَدَدُ الأربعِ في الشُّهودِ في حَدِّ الزِّنا؛ لِقولِه عزَّ اسمُه: ﴿وَٱلَّتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾ [النساء:١٥] وقولِه سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور:٤] وقولِه تَبارَك وتعالى: ﴿لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَۚ﴾ [النور:١٣]؛ ولأنّ الشَّهادةَ أحدُ نوعَيِ الحُجّةِ فيُعْتَبَرُ بالنّوْعِ الآخرِ؛ (وهو الإقرارُ) [4]، وهناك عَدَدُ الأربعِ شرطٌ. كذا ههنا، بخلافِ سائرِ الحُدودِ فإنّ عَدَدَ الأقاريرِ الأربعِ لم يُشترَطْ فيها، فكذا عَدَدُ الأربعِ من الشُّهودِ؛ ولأنّ اشْتِراطَ عَدَدِ الأربعِ في (الشَّهادةِ يَثْبُتُ) [5] معدولاً به عن القياس بالنّصِّ، والنّصُّ ورَدَ في الزِّنا خاصّةً فإنْ شَهِدَ على الزِّنا أقَلُّ من أربعةٍ لم تُقْبل شهادَتُهم؛ لِنُقْصانِ العدَدِ المشروطِ، وهل يُحَدّونَ حَدَّ القَذْفِ؟ قال

---

(١) في المخطوط: «فيفوض».
(٢) في المخطوط: «يعده إبطاء».
(٣) في المخطوط: «قول أبي حنيفة وأبي يوسف».
(٤) في المخطوط: «بالإقرار».
(٥) في المخطوط: «الشهادات ثبت».

أصحابُنا: يُحَدّونَ.

وقال الشّافعيُّ - رحمه الله - إذا جاءوا مَجيءَ الشُّهودِ - لم يُحَدّوا، وعلى هذا الخلافِ إذا شَهِدَ ثلاثةٌ، وقال الرّابعُ: رأيتُهما في لِحافٍ واحدٍ ولم يَزِدْ عليه - أنّه يُحَدُّ الثّلاثةُ عندنا ولا حَدَّ على الرّابعِ [1]؛ لأنّه لم يَقْذِفْ إلاّ إذا كان قال في الابتِداءِ: أشهَدُ أنّه قد زَنَى، ثُمّ فسَّرَ الزّنا بما ذكر فحينَئذٍ يُحَدُّ.

وجه قولِ الشّافعيِّ - رحمه الله - أنّهم إذا جاءوا مَجيءَ الشُّهودِ كان قَصْدُهم إقامةَ الشّهادةِ حِسْبةً لِلَّه - تعالى - لا القَذْفَ، فلم يكنْ فعله جنايةً فلم يكنْ قَذْفًا [2].

ولَنا ما رويَ أنّ ثلاثةً شَهِدوا على مُغيرةَ بالزّنا، فقام الرّابعُ وقال: رأيتُ أقدامًا باديةً ونَفَسًا عاليًا وأمرًا مُنْكَرًا، ولا أعلمُ ما وراء ذلك، فقال سَيِّدنا عُمَرُ رضي الله عنه له: الحمْدُ لِلَّه الذي لم يَفْضَحْ رجلاً من أصحابِ محمّدٍ ﷺ وحَدَّ الثّلاثةَ [3]، وكان ذلك بمَحْضرٍ من الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله عنهم، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكرَ عليه مُنْكِرٌ فيكونُ إجماعًا؛ ولأنّ الموجودَ من الشُّهودِ كلامُ قَذْفٍ حقيقةً، إذِ القَذْفُ هو النِّسْبةُ إلى الزّنا وقد وُجِدَ من الشُّهودِ حقيقةً، فيدخلونَ تحت آيةِ القَذْفِ، إلاّ أنّا اعتبَرْنا تَمامَ عَدَدِ الأربعِ إذا جاءوا مَجيءَ الشُّهودِ فقد قَصَدوا إقامةَ الحِسْبةِ واجبًا؛ (حَقًّا لِلَّه) [4] تعالى فخرج كلامُهم عن كونِه قَذْفًا وصار شهادةً شرْعًا، فعند النُّقْصانِ بقِيَ قَذْفًا حقيقةً فيوجِبُ الحدَّ.

ولو شَهِدَ ثلاثةٌ على الزّنا، وشَهِدَ رابعٌ على شهادةِ غيرِه - يُحَدُّ الثّلاثةُ؛ لأنّ شهادَتَهم صارتْ [٣/ ٩ب] قَذْفًا؛ لِنُقْصانِ العدَدِ، ولا حَدَّ على الرّابعِ؛ لأنّه لم يَقْذِفْ بل حَكَى قَذْفَ غيرِه، ولو عُلِمَ أنّ أحدَ الأربعِ عبدٌ أو مُكاتَبٌ أو صَبيٌّ أو أعمَى أو مَحْدودٌ في قَذْفٍ - حُدّوا جميعًا؛ لأنّ الصّبيَّ والعبدَ ليستْ لهما أهليّةُ الشّهادةِ أصلاً ورأسًا، فانتُقِصَ العدَدُ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٦٨)، شرح فتح القدير (٥/ ٢٨٩)، البناية (٦/ ٢٨٩)، الدر المختار (٤/ ١١، ٣٣).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية: لو شهد أربعة فساق أو منهم فاسق في زنا فيه قولان أظهرهما أنه يجب عليهم حد القذف، وقيل لا يحدون. انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٧٥)، الوسيط (٦/ ٤٥٥)، الروضة (١٠/ ١٠٨).

(٣) انظر التلخيص الحبير (٤/ ٦٤).

(٤) في المخطوط: «حق الله».

فصار كلامُهم قَذْفًا، والأعمَى والمَحْدودُ في القَذْفِ ليستْ لهم أهليّةُ الشّهادةِ، وإنْ كانت لهم أهليّةُ الشّهادةِ تَحَمُّلاً وسَماعًا فقَصُرَتْ أهليّتُهما لِلشّهادةِ فانتُقِصَ العدَدُ فصار كلامُهم قَذْفًا، وسواءٌ عُلِمَ ذلك قبل القضاءِ أو بعدَ القضاءِ قبل الإمضاءِ، وإنْ عُلِمَ ذلك بعدَ الإمضاءِ فإنْ كان الحدُّ جَلْدًا - فكذلك [١] يُحَدّونَ ولا يضمنونَ أرشَ الضَّرْبِ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندهما يجبُ في بيتِ المالِ على ما ذَكَرْنا في كتابِ الرُّجوعِ عن الشّهاداتِ، وإنْ كان رَجْمًا - لا يُحَدّونَ؛ لأنّه تبَيَّنَ أنّ كلامَهم وقَعَ قَذْفًا ومَنْ قَذَفَ حَيًّا، ثُمّ مات المقذوفُ - سَقَطَ الحدُّ، وتكونُ الدّيةُ في بيتِ المالِ؛ لأنّ الخطَأَ حَصَلَ من القاضي، وخَطَأُ القاضي على بيتِ المالِ؛ لأنّه عامِلٌ لِعامّةِ المسلمينَ وبيتُ المالِ مالُ المسلمينَ.

ولو شَهِدَ الزَّوْجُ وثلاثةُ نَفَرٍ - حُدَّ الثّلاثةُ ولاعَنَ الزَّوْجُ امرأتَه؛ لأنّ قَذْفَ الزَّوْجِ يوجِبُ اللِّعانَ لا الحدَّ، فانتُقِصَ العدَدُ في حَقِّ الباقينَ، فصار كلامُهم قَذْفًا؛ فيُحَدّونَ حَدَّ القَذْفِ.

ولو عُلِمَ أنّ الشُّهودَ الأربعةَ عَبيدٌ أو كُفّارٌ أو مَحْدودونَ في قَذْفٍ أو عُمْيانٌ - يُحَدّونَ حَدَّ القَذْفِ، وإنْ عُلِمَ أنّهم فُسّاقٌ - لا يُحَدّونَ، والفرْقُ ما ذَكَرْنا أنّ العبدَ والكافِرَ لا شهادةَ لهما أصلاً، والأعمَى والمَحْدودُ في القَذْفِ لهما شهادةٌ سَماعًا وتَحَمُّلاً لا أداءً، فكان كلامُهم قَذْفًا، والفاسقُ له شهادةٌ على أصلِ أصحابِنا رحمهم الله سَماعًا، وإذا كان كلامُ الفاسقِ [٢] شهادةً لا قَذْفًا فلا يُحَدّونَ حَدَّ القَذْفِ، واللّه تعالى أعلمُ.

ولو ادَّعَى المشهودُ عليه أنّ أحدَ الشُّهودِ الأربعةِ عبدٌ - فالقولُ قولُه، حتّى يُقيمَ البيّنةَ أنّه حُرٌّ؛ لِما رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: النّاسُ أحرارٌ إلاّ في أربعٍ: الشّهادةِ والقِصاصِ والعقلِ والحُدودِ، والمعنى فيه ما ذَكَرْنا في غيرِ موضِعٍ.

ومنها: اتّحادُ المجلِسِ، وهو أنْ يكونَ الشُّهودُ مُجْتَمِعينَ في مجلِسٍ واحدٍ عند أداءِ الشّهادةِ، فإنْ جاءوا مُتَفَرِّقينَ - يَشْهَدونَ واحدًا بعدَ واحدٍ، لا تُقْبَلُ شهادَتُهم، ويُحَدّونَ وإنْ كثُروا؛ لِما ذَكَرْنا أنّ كلامَهم قَذْفٌ حقيقةً، وإنّما يخرُجُ عن كونِه قَذْفًا شرْعًا بشرطِ أنْ يكونوا مُجْتَمِعينَ في مجلِسٍ واحدٍ وقتَ أداءِ الشّهادةِ، فإذا انعَدَمَتْ هذه الشّريطةُ - بَقيَ قَذْفًا فيوجِبُ الحدَّ، حتّى لو جاءوا مُجْتَمِعينَ أو مُتَفَرِّقينَ، وقَعَدوا في موضِعِ الشُّهودِ في

(١) في المخطوط: «فلذلك».
(٢) في المخطوط: «الفساق».

ناحيةٍ من المسجِدِ، ثُمّ جاءوا واحدًا بعدَ واحدٍ وشَهِدوا - جازَتْ شهادَتُهم؛ لِوُجودِ اجتِماعِهم في مجلِسٍ واحدٍ وقتَ الشَّهادةِ، إذِ المسجِدُ كُلُّه مجلِسٌ واحدٌ، وإنْ كانوا خارِجينَ من المسجِدِ، فجاءَ واحدٌ منهم ودخل المسجِدَ وشَهِدَ، ثُمّ جاءَ الثّاني والثّالِثُ والرّابعُ - يُضْرَبونَ الحدَّ، وإنْ كانوا مثلَ رَبيعةَ ومُضرَ.

هَكذا رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: لو جاءَ رَبيعةُ ومُضرُ فُرادَى - لَحَدَدْتُهم عن آخِرِهم، وإنّما قال ذلك بمَحْضرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه أحدٌ منهم؛ فيكونُ إجماعًا منهم، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

ومنها: أنْ [يكونَ] [١] المشهودُ عليه بالزِّنا مِمَّنْ يُتَصَوّرُ منه الوطءُ، فإنْ كان مِمَّنْ لا يُتَصَوّرُ منه كالمجبوبِ - لا تُقْبَلُ شهادَتُهم ويُحَدّونَ حَدَّ القَذْفِ. ولو كان المشهودُ عليه خَصيًّا أو عِنّينًا - قُبِلَتْ شهادَتُهم ويُحَدُّ؛ لِتَصَوُّرِ الزِّنا منهما؛ لِقيامِ الآلةِ - بخلافِ المجبوبِ.

ومنها: أنْ يكونَ المشهودُ عليه بالزِّنا مِمَّنْ يَقْدِرُ على دعوى الشُّبْهةِ، فإنْ كان مِمَّنْ لا يَقْدِرُ كالأخْرَسِ - لا تُقْبَلُ شهادَتُهم؛ لأنّ من الجائزِ أنّه لو كان قادِرًا لادَّعَى شُبْهةً، ولو كان المشهودُ عليه بالزِّنا أعمَى قُبِلَتْ شهادَتُهم؛ لأنّ الأعمَى قادِرٌ على دعوى الشُّبْهةِ لو كانت عنده شُبْهةٌ. ولو شَهِدوا بالزِّنا، ثُمّ قالوا: تَعَمَّدْنا النّظَرَ إلى فرْجِها - لا تُبْطَلُ شهادَتُهم؛ لأنّ أداءَ الشَّهادةِ لا بُدَّ له من التّحَمُّلِ، ولا بُدَّ لِلتَّحَمُّلِ من النّظَرِ إلى عَيْنِ الفرْجِ، ويُباحُ لهم النّظَرُ إليها لِقَصْدِ إقامةِ الحِسْبةِ، كما يُباحُ لِلطَّبيبِ لِقَصْدِ المُعالَجةِ، ولو قالوا: نَظَرْنا مُكَرَّرًا - بَطَلَتْ شهادَتُهم؛ لأنّه سَقَطَتْ عَدالَتُهم، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

ومنها: اتِّحادُ المشهود به، وهو أنْ يُجْمِعَ الشُّهودُ الأربعةُ على فعلٍ واحدٍ فإنِ اختلَفوا - لا تُقْبَلُ شهادَتُهم.

وعلى هذا يخرُجُ ما إذا شَهِدَ اثنانِ أنّه زَنَى في مكانِ كذا، وشَهِدَ آخرانِ أنّه زَنَى في مكانٍ آخرَ، والمكانانِ مُتَبايِنانِ؛ بحيث يَمْتَنِعُ أنْ يَقَعَ فيهما فعلٌ واحدٌ عادةً، كالبلَدَيْنِ [٢] والدّارَيْنِ والبيتَيْنِ - لا تُقْبَل شهادَتُهم ولا حَدَّ على المشهودِ عليه؛ لأنّهم شَهِدوا بفعلَينِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «كالبلدتين».

مُخْتَلِفَيْنِ لاختلافِ المكانيْنِ، وليس على أحدِهما شهادةُ الأربعِ ولا حَدَّ على الشُّهودِ أيضًا [٣/ ١٠أ] عند أصحابِنا، وعند زُفَرَ يُحَدّونَ.

وجه قولِه: أنّ عَدَدَ الشُّهودِ قد انتُقِصَ؛ لأنّ كُلَّ فريقٍ شَهِدَ بفعلٍ غيرِ الذي شَهِدَ به الفريقُ الآخرُ، ونُقْصانُ عَدَدِ الشُّهودِ يوجِبُ صَيْرورةَ الشَّهادةِ قَذْفًا، كما لو شَهِدَ ثلاثةٌ بالزِّنا.

ولنا: أنّ المشهودَ به لم يختَلِفْ عند الشُّهودِ؛ لأنّ عندهم أنّ هذا زِنًا واحدٌ، وإنّما وقَعَ اختلافُهم في المكانِ فثَبَتَ بشهادَتِهم شُبْهةُ اتِّحادِ الفعلِ؛ فيَسْقُطُ الحدُّ.

وعلى هذا إذا اختلَفوا في الزَّمانِ فشَهِدَ اثنانِ أنّه زَنَى بها في يومِ كذا، واثنانِ في يومٍ آخرَ، ولو شَهِدَ اثنانِ أنّه زَنَى في هذه الزّاويةِ من البيتِ، وشَهِدَ اثنانِ أنّه زَنَى في هذه الزّاويةِ الأُخرى منه - يُحَدُّ المشهودُ عليه؛ لِجوازِ أنّ ابتِداءَ الفعلِ وقَعَ في هذه الزّاويةِ من البيتِ وانتِهاؤه في زاويةٍ أُخرى منه؛ لانتِقالِهما [منه] [1] واضْطِرابِهما فلم يختَلِفِ المشهودُ به فتُقْبَلُ شهادَتُهم، حتّى لو كان البيتُ كبيرًا لا تُقْبَلُ؛ لأنّه يكونُ بمنزلةِ البيتَيْنِ، ولو شَهِدَ أربعةٌ بالزِّنا بامرأةٍ، فشَهِدَ اثنانِ أنّه استَكْرَهَها، واثنانِ أنّها طاوَعَتْه - لا حَدَّ على المرأةِ بالإجماعِ؛ لأنّ الحدَّ لا يجبُ إلاّ بالزِّنا طَوْعًا ولم تَثْبُتِ الطَّواعيةُ في حَقِّها.

وأمّا الرّجلُ فلا حَدَّ عليه أيضًا عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - وعندهما يُحَدُّ.

وجه قولِهما أنّ زِنا الرّجلِ عن طَوْعٍ ثَبَتَ بشهادةِ الأربعِ، إلاّ أنّه تَفَرَّدَ اثنانِ منهم بإثباتِ زيادةِ الإكْراه منه، وأنّه لا يمنعُ وُجوبَ الحدِّ، كما لو زَنَى بها مُسْتَكْرَهةً، ولأبي حنيفةَ - رحمه الله- أنّ المشهود به قد اختلف؛ لأنّ فعلَ المُكْرَه [2] غيرُ فعلِ مَنْ ليس بمُكْرَهٍ فقد شَهِدوا بفعلينِ مُخْتَلِفَيْنِ، وليس على أحدِهما شهادةُ الأربعِ فلا يُحَدُّ المشهودُ عليه ولا الشُّهودُ عند أصحابِنا الثّلاثةِ، خلافًا لِزُفَرَ وقد مَرَّ الكَلامُ فيه في اختلافِهم في المكانِ والزَّمانِ، واللّهُ - تعالى - أعلمُ.

ثُمّ الشُّهودُ إذا استجمَعوا شرائطَ صِحّةِ الشَّهادةِ، وشَهِدوا عند القاضي سَألَهم القاضي عن الزِّنا ما هو وكيف هو ومتى زَنَى وأينَ زَنَى وبِمَنْ زَنَى؟ أمّا السُّؤالُ عن ماهيّةِ الزِّنا؛

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «المكرهة».

فلأنّه يُحْتَمَلُ أنّهم أرادوا به غيرَ الزِّنا المعروفِ؛ لأنّ اسمَ الزِّنا يَقَعُ على أنواعٍ لا توجِبُ الحدَّ، قَالَ النبي ﷺ: «العَينَانِ تَزنِيَانِ واليَدَانِ تَزنِيَانِ والرِّجْلَانِ تَزنِيَانِ والفرجُ يُصَدِّقُ ذلك كُلّه أو يُكذِّبُه» (١).

وأمّا السُّؤالُ عن الكيفيّةِ؛ فلأنّه يُحْتَمَلُ أنّهم أرادوا به الجِماعَ فيما دونَ الفرْجِ؛ لأنّ ذلك يُسَمَّى جِماعًا حقيقةً أو مَجازًا فإنّه (٢) لا يوجِبُ الحدَّ.

وأمّا السُّؤالُ عن الزَّمانِ؛ فلأنّه يُحْتَمَلُ أنّهم شَهِدوا بزِنًا مُتَقادِمٍ، والتّقادُمُ يمنعُ قَبولَ الشَّهادةِ بالزِّنا.

وأمّا السُّؤالُ عن المكانِ؛ فلأنّه يُحْتَمَلُ أنّه زَنَى في دارِ الحربِ أو في دارِ البغْيِ، وأنّه لا يوجِبُ الحدَّ.

وأمّا السُّؤالُ عن المَزْنيِّ بها؛ فلأنّه يُحْتَمَلُ أنْ تكونَ الموطوءةُ مِمَّنْ لا يجبُ الحدُّ بوطئِها كجاريةِ الابنِ وغيرِ ذلك، فإذا سَألَهم القاضي عن هذه الجُمْلةِ - فوَصَفوا، سَألَ المشهودَ عليه أهو مُحْصَنٌ أم لا؟ فإنْ أنْكرَ الإحصانَ، وشَهِدَ على الإحصانِ رجلانِ أو رجلٌ وامرأتانِ على الاختلافِ - سَألَ الشُّهودَ عن الإحصانِ ما هو؛ لأنّ له شرائطَ يجوزُ أنْ تخفَى على الشُّهودِ، فإذا وصَفوا - قُضيَ بالرَّجْمِ.

ولو شَهِدَتْ بَيِّنةُ الإحصانِ أنّه جامعها أو باضَعَها - صار مُحْصَنًا؛ لأنّ هذا اللّفْظَ في العُرْفِ مُسْتَعْمَلٌ (٣) في الوطءِ في الفرْجِ، ولو شَهِدوا أنّه دخل بها - صار مُحْصَنًا، وهذا وقولُه جامعها سواءٌ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ - رحمهما الله - وقال محمّدٌ - رحمه الله - لا يَصيرُ مُحْصَنًا.

وجه قولِه أنّ هذا اللّفْظَ يُسْتَعْمَلُ في الوطءِ ويُسْتَعْمَلُ في الزِّفافِ، فلا يَثْبُتُ الإحصانُ مع الاحتمالِ، ولهما أنّ الدُّخولَ بالمرأةِ في عُرْفِ اللُّغةِ والشّرعِ يُرادُ به الوطءُ، قال اللّه - تعالى عَزَّ شَأنُه -: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] حَرَّمَ - سبحانه وتعالى - الرَّبيبةَ بشرطِ الدُّخولِ بأُمِّها، فعُلِمَ أنّ المُرادَ من الدُّخولِ هو الوطءُ؛ (لأنّها تُحرَّمُ) (٤) بمُجرَّدِ نِكاحِ الأُمِّ من غيرِ وطْءٍ.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «وأنه».
(٣) في المخطوط: «يستعمل».
(٤) في المخطوط: «لأنه لا يحرم».

وذكر القاضي في شرْحِه الاختلافَ على القَلْبِ فقال على قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله: لا يَصيرُ مُحْصَنًا ما لم يُصَرِّحْ بالوطءِ، وعلى قولِ محمّدٍ - رحمه الله - يَصيرُ مُحْصَنًا، ولو شَهِدوا على الدُّخولِ وكان له منها ولَدٌ - هو [(١)] مُحْصَنٌ بالإجماعِ، وكَفَى بالولدِ شاهدًا، واللَّه - تعالى - أعلم.

وأمّا شرائطُ الإقرارِ بالحدِّ فمنها ما يَعُمُّ الحُدودَ كُلَّها، ومنها ما يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ، أمّا الذي يَعُمُّ الحُدودَ كُلَّها فمنها: البلوغُ، فلا يصحُّ إقرارُ الصّبيِّ في شيءٍ من الحُدودِ؛ لأنّ سببَ وُجوبِ الحدِّ لا بُدَّ وأنْ يكونَ جنايةً، وفعلُ الصّبيِّ لا يوصَفُ بكونِه جنايةً؛ فكان إقرارُه كذِبًا مَحْضًا، ومنها: النُّطْقُ: وهو أنْ يكونَ الإقرارُ بالخِطابِ والعِبارةِ دونَ الكتابِ والإشارةِ، حتّى إنّ الأخْرَسَ لو كتَبَ الإقرارَ في كتابٍ أو أشارَ إليه إشارةً معلومةً - لا حَدَّ عليه؛ لأنّ الشّرعَ عَلَّقَ وُجوبَ الحدِّ بالبيانِ المُتَناهي، ألا تَرَى أنّه لو أقَرَّ بالوطءِ الحرامِ [٣/ ١٠ب]- لا يُقامُ عليه الحدُّ ما لم يُصَرِّحْ بالزّنا، والبيانُ لا يتناهَى إلاّ بالصّريحِ [(٢)]، والكنايةُ [(٣)] والإشارةُ بمنزلةِ الكتابةِ، فلا يوجِبُ الحدَّ.

وأمّا البصَرُ فليس بشرطٍ لِصِحّةِ الإقرارِ، فيصحُّ إقرارُ الأعمَى في الحُدودِ كُلِّها كالبصيرِ؛ لأنّ الأعمَى لا يمنعُ مُباشرةَ سببِ وُجوبِها.

وكذا الحُرّيّةُ والإسلامُ والذُّكورةُ ليستْ بشرطٍ؛ حتّى يصحَّ إقرارُ الرَّقيقِ والذِّمّيِّ والمرأةِ في جميعِ الحُدودِ.

وعند زُفَرَ - رحمه الله - لا يصحُّ إقرارُ العبدِ بشيءٍ من أسبابِ [(٤)] الحُدودِ من غيرِ تصديقِ المولى، والكَلامُ في التّصْديقِ [(٥)] على نحوِ ما ذَكَرْنا في كتابِ السّرقةِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وأمّا الذي يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ فمنها: عَدَدُ الأربعِ في حَدِّ الزّنا خاصّةً، وهو أنْ يُقِرَّ أربعَ مَرّاتٍ، وهذا عندنا [(٦)]، وعند الشّافعيِّ رحمه الله ليس بشرطٍ، ويُكْتَفَى بإقرارِه

(١) في المخطوط: «فهو».
(٢) في المخطوط: «بالتصريح».
(٣) في المطبوع: «الكتابة».
(٤) في المخطوط: «غير».
(٥) في المخطوط: «الطريق».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٦٣)، المبسوط (٩/ ٩١)، رؤوس المسائل (ص ٤٨٢)، شرح فتح القدير (٥/ ٢١٨)، الاختيار (٤/ ٨٢).

مَرّةً واحدةً [١].

وجه قولِه: أنّ الإقرارَ إنّما صار حُجّةً في الشّرعِ لِرُجْحانِ جانِبِ الصِّدْقِ فيه على جانِبِ الكذِبِ، وهو [٢] المعنى عند التّكْرارِ والتّوَحُّدِ سواءٌ؛ لأنّ الإقرارَ إخْبارٌ والخبَرُ لا يَزيدُ رُجْحانًا بالتّكْرارِ، ولهذا لم يُشترَطْ في سائرِ الحُدودِ، بخلافِ عَدَدِ المُثَنّى [٣] في الشَّهادةِ؛ لأنّ ذلك يوجِبُ زيادةَ (ظَنٍّ عليه) [٤] فيها، إلاّ أنّ شرطَ العدَدِ الأربعِ في بابِ الزِّنا تَعَبُّدٌ فيقتصِرُ على موضِعِ التّعَبُّدِ.

ولَنا: أنّ القياسَ ما قاله، إلاّ أنّا تَرَكْنا القياسَ بالنّصِّ وهو ما رويَ أنّ ماعِزًا جاءَ إلى رسولِ اللَّه ﷺ فأقَرَّ بالزِّنا فأعرَضَ عنه ﷺ بوجهِه الكَريمِ، [ثم جاءه فأقر فأعرض عنه بوجهه] [٥]هَكذا إلى الأربعِ، فلو كان الإقرارُ مَرّةً مُظْهِرًا للحَدِّ لَما أخَّرَه رسولُ اللَّه ﷺ إلى الأربعِ؛ لأنّ الحدَّ بعدَما ظَهَرَ وُجوبُه للإمامِ لا يحتملُ التّأخيرَ.

وأمّا العددُ في الإقرارِ بالقَذْفِ فليس بشرطٍ بالإجماعِ، وهل يُشترَطُ في الإقرارِ بالسّرقةِ والشُّرْبِ والسُّكْرِ؟ قال أبو حنيفةَ ومحمد - رحمهما الله: ليس بشرطٍ. وقال أبو يوسفَ - رحمه الله: [شرط والأصل عند أبي يوسف] [٦] أنّه كُلَّما يَسْقُطُ بالرُّجوعِ فعَدَدُ الإقرارِ فيه كعَدَدِ الشُّهودِ وذكر الفقيه أبو اللَّيْثِ - رحمه الله: إنّ عند أبي يوسفَ يُشترَطُ الإقرارُ مَرَّتَيْنِ في مكانيْنِ.

وجه قولِه أنّ حَدَّ السّرقةِ والشُّرْبِ والسُّكْرِ خالصُ حَقِّ اللَّه - تعالى - كحَدِّ الزِّنا، فتَلْزَمُ مُراعاةُ الاحتياطِ فيه باشْتِراطِ العدَدِ كما في الزِّنا، إلاّ أنّه يُكْتَفَى ههنا بالمَرَّتَيْنِ، ويُشترَطُ الأربعُ هناك استِدْلالاً بالبيِّنةِ؛ لأنّ السّرقةَ والشُّرْبَ كُلَّ واحدٍ منهما يَثْبُتُ بنصفِ ما يَثْبُتُ به الزِّنا؛ وهو شهادةُ شاهدَيْنِ، فكذلك الإقرارُ، ولهما أنّ الأصلَ أنْ لا يُشترَطَ التّكْرارُ في الإقرارِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّه إخْبارٌ والمُخْبَرُ لا يَزْدادُ بتَكْرارِ الخبَرِ، وإنّما عَرَفْنا عَدَدَ الأربعِ في

---

(١) ومذهب الشافعية: أن الزاني لو أقر على نفسه مرة واحدة كفت في وجوب إقامة الحد عليه. انظر: الأم (٦/ ١٣٣، ١٣٤)، مختصر المزني (ص ٢٦١)، الوسيط (٦/ ٤٤٦)، الروضة (١٠/ ٩٥)، المنهاج (ص ١٣٢).

(٢) في المخطوط: «هذا».

(٣) في المخطوط: «المنفي».

(٤) في المخطوط: «غلبة الظن».

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) زيادة من المخطوط.

بابِ الزِّنا بنَصٍّ [١] غيرِ معقولِ المعنى؛ فيقتصِرُ على مورِدِ النَّصِّ.

ومنها عَدَدُ المَجالِسِ فيه، وهو أنْ يُقِرَّ أربع مرات في أربع مَجالِسَ.

واختلف المَشايخُ في أنّه يُعْتَبَرُ مَجالِسُ القاضي أو مَجالِسُ المُقِرِّ، والصّحيحُ أنّه يُعْتَبَرُ مَجالِسُ المُقِرِّ، وهَكذا رويَ عن أبي حنيفةَ أنّه رحمه الله يُعْتَبَرُ مَجالِسُ المُقِرِّ؛ لأن النبي ﷺ اعتبَرَ (اختلافَ مَجالِسِ) [٢] ماعِزٍ، حيث كان يخرُجُ من المسجِدِ في كُلِّ مَرّةٍ، ثُمّ يَعودُ ومجلِسُه ﷺ لم يختَلِفْ، وقد رويَ عن أبي حنيفةَ في تفسيرِ اختلافِ مَجالِسِ المُقِرِّ: هو أنْ يُقِرَّ مَرّةً، ثُمّ يَذْهَبُ حتّى يتوارَى عن بَصَرِ القاضي، ثُمّ يجيءُ فيُقِرُّ ثُمّ يَذْهَبُ، هَكذا أربعَ مَرّاتٍ.

ومنها: أنْ يكونَ إقرارُه بينَ يَدَيِ الإمامِ فإنْ كان عند غيرِه - لم يجُزْ إقرارُه؛ لأنّ إقرارَ ماعِزٍ كان عند [٣] رسولِ اللّه ﷺ.

ولو أقَرَّ في غيرِ مجلِسِ القاضي وشَهِدَ الشُّهودُ على إقرارِه لا تُقْبَلُ شهادَتُهم؛ لأنّه إنْ كان مُقِرًّا فالشَّهادةُ لَغْوٌ؛ لأنّ الحُكْمَ للإقرارِ لا لِلشَّهادةِ، وإنْ كان مُنْكِرًا فالإنْكارُ منه رُجوعٌ، والرُّجوعُ عن الإقرارِ في الحُدودِ الخالصةِ حَقًّا لِلّه - عزّ وجلّ - صَحيحٌ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

ومنها الصِّحّةُ [٤] في الإقرارِ بالزِّنا والسّرقةِ والشُّرْبِ والسُّكْرِ حتّى لو كان سَكْرانَ - لا يصِحُّ إقرارُه، أمّا على أصلِ [٥] أبي حنيفةَ - رحمه الله - فلأنّ السَّكْرانَ: مَنْ صار بالشُّرْبِ إلى حالٍ لا يَعْقِلُ قليلاً ولا كثيرًا فكان عَقْلُه زائلاً مستورًا حقيقةً. وأمّا على أصلِهما؛ فلأنّه إذا غَلَبَ الهذَيانُ على كلامِه؛ فقد ذهبتْ مَنْفَعةُ العقلِ، ولهذا لم تَصِحَّ رِدَّتُه فيورِثُ ذلك شُبْهةً في وُجوبِ الحدِّ، وليس بشرطٍ في الإقرارِ بالحُدودِ والقِصاصِ؛ لأنّ القِصاصَ خالصُ حَقِّ العبدِ، وللعبدِ حَقٌّ في حَدِّ القَذْفِ؛ فيصِحُّ مع السُّكْرِ كالإقرارِ بالمالِ وسائرِ التّصرُّفاتِ، وإذا صَحّا فإنْ دامَ على إقرارِه - تُقامُ عليه الحُدودُ كُلُّها، وإنْ أنْكَرَه [٦] فالإنْكارُ منه رُجوعٌ فيصِحُّ في الحُدودِ الخالصةِ وهو حَدُّ الزِّنا والشُّرْبِ والسّرقةِ

---

(١) في المخطوط: «بالنص».

(٢) في المخطوط: «مجالس اختلاف».

(٣) في المخطوط: «بين يدى».

(٤) في المخطوط: «الصحو».

(٥) في المخطوط: «قول».

(٦) في المخطوط: «أنكر».

في حَقِّ القَطْعِ، ولا يصحُّ في القَذْفِ والقَتْلِ العمْدِ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

ومنها: أنْ يكونَ الإقرارُ بالزِّنا مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ وُجودُ الزِّنا منه، فإنْ كان لا يُتَصَوَّرُ كالمجبوبِ - لم [1] [٣/ ١١أ] يصحَّ إقرارُه؛ لأنّ الزِّنا لا يُتَصَوَّرُ منه؛ لانعِدامِ الآلةِ، ويصحُّ إقرارُ الخصيِّ والعِنِّينِ لِتَصوُّرِ الزِّنا منهما؛ لِتَحقُّقِ الآلةِ، والذي يُجَنُّ ويُفيقُ إذا أقرَّ في حالِ إفاقَتِه - فهو مثلُ الصّحيحِ؛ لأنّه في حالِ إفاقَتِه صَحيحٌ.

ومنها: أنْ يكونَ المَزْنيُّ به في الإقرارِ بالزِّنا مِمَّنْ يَقْدِرُ على دعوى الشُّبْهةِ، فإنْ لم يكنْ بأنْ أقرَّ رجلٌ أنّه زَنَى بامرأةٍ خَرْساءَ أو أقرَّتِ امرأةٌ أنّها زَنَتْ بأخْرَسَ - لم يصحَّ إقرارُه؛ لأنّ من الجائزِ أنّه لو كان يَقْدِرُ على النُّطْقِ؛ لادَّعَى النِّكاحَ أو أنْكَرَ الزِّنا ولم يَدَّعِ شيئًا فيَنْدرِئُ عنه الحدُّ؛ لِما نذكرُ في موضِعِه - إنْ شاء اللَّه تعالى.

وأمّا حَضْرةُ المَزْنيِّ بها في الإقرارِ بالزِّنا والشَّهادةِ عليه فليستْ بشرطٍ، حتّى لو أقرَّ أنّه زَنَى بامرأةٍ غائبةٍ أو شَهِدَ عليه الشُّهودُ بالزِّنا بامرأةٍ غائبةٍ - صَحَّ الإقرارُ وقُبِلَتِ الشَّهادةُ ويُقامُ الحدُّ على الرّجلِ؛ لأنّ الغائبَ بالغيْبةِ ليس إلاّ الدَّعْوَى وإنّها ليستْ بشرطٍ؛ ولهذا رُجِمَ ماعِزٌ من غيرِ شرطِ حُضورِ تلك المرأةِ.

وكذلك العِلْمُ بالمَزْنيِّ بها ثُمّ إذا صَحَّ إقرارُه بالزِّنا بامرأةٍ غائبةٍ يَعْرِفُها أو لا يعرفها، فحَضرَتِ المرأةُ فلا يخلو إمّا أنْ حَضرَتْ قبل إقامةِ الحدِّ على الرّجلِ، وإمّا أنْ حَضرَتْ بعدَ الإقامةِ، فإنْ حَضرَتْ بعدَ الإقامةِ، فإنْ أقَرَّتْ بمثلِ ما أقَرَّ [به] [2] الرّجلُ - تُحَدُّ أيضًا كما حُدَّ الرّجلُ، وإنْ أنْكَرَتْ وادَّعَتْ على الرّجلِ حَدَّ القَذْفِ - لا يُحَدُّ الرّجلُ حَدَّ القَذْفِ؛ لأنّه لا يجبُ عليه حَدّانِ، وقد أُقيمَ أحدُهما فلا يُقامُ الآخرُ.

وإنْ حَضرَتْ قبل إقامةِ الحدِّ على الرّجلِ فإنْ أنْكَرَتِ الزِّنا وادَّعَتِ النِّكاحَ أو لم تَدَّعِ، وادَّعَتْ حَدَّ القَذْفِ على الرّجلِ أو لم تَدَّعِ فحُكْمُه نذكرُه في موضِعِه - إنْ شاء اللَّه تعالى.

والعِلْمُ بالمَزْنيِّ بها ليس بشرطٍ لِصِحّةِ الإقرارِ، حتّى لو قال: زَنَيْتُ بامرأةٍ ولا أعرِفُها - صَحَّ إقرارُه ويُحَدُّ والعِلْمُ بالمشهودِ به شرطُ صِحّةِ الشَّهادةِ، حتّى لو شَهِدَ الشُّهودُ على رجلٍ أنّه زَنَى بامرأةٍ وقالوا: لا نَعْرِفُها - لا تُقْبَلُ شهادَتُهم ولا يُقامُ الحدُّ على المشهودِ عليه.

---

(١) في المخطوط: «لا».

(٢) ليست في المخطوط.

والفرْقُ أنّ المُقِرَّ في الإقرارِ على نفسِه يَبني الأمرَ على حقيقةِ الحالِ - خُصوصًا في الزِّنا، فكان إقرارُه إخْبارًا عن وُجودِ الزِّنا منه حقيقةً، إلاّ أنّه لم يَعْرِفِ اسمَ المرأةِ ونَسَبَها وذا لا يورِثُ شُبْهةً، فأمّا الشّاهدُ فإنّه بشهادَتِه بَنَى الأمرَ على الظّاهرِ لا على الحقيقةِ؛ لِقُصورِ عِلْمِه عن الوُصولِ إلى الحقيقةِ، فقولُهم: (لا نَعْرِفُ) [١] تلك المرأةِ يورِثُ شُبْهةً؛ لِجوازِ أنّها امرأتُه أو امرأةٌ له فيها شُبْهةُ حِلٍّ أو مِلْكٍ، فهو الفرْقُ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

وأمّا عَدَمُ التّقادُمِ فهل هو شرطٌ لِصِحّةِ الإقرارِ بالحدِّ؟ أمّا في حَدِّ القَذْفِ فليس بشرطٍ؛ لأنّه ليس بشرطٍ لِقَبولِ الشَّهادةِ، فأولى أنْ لا يكونَ شرطًا لِصِحّةِ الإقرارِ، وكذلك في حَدِّ الزِّنا عند أصحابِنا الثّلاثةِ، وعند زُفَرَ - رحمه الله - [شرط] [٢] كما في الشَّهادةِ.

ولَنا الفرْقُ بينَ الإقرارِ والشَّهادةِ، وهو أنّ المانِعَ في الشَّهادةِ تَمَكُّنُ التُّهْمةِ والضَّغينةِ، وهذا لا يوجدُ في الإقرارِ؛ لأنّ الإنسانَ غيرُ مُتَّهَمٍ في الإقرارِ على نفسِه وكذا في حَدِّ السّرقةِ؛ لِما قُلْنا. وأمّا في حَدِّ الشُّرْبِ فشرطٌ عندهما [٣]، وعند محمّدٍ - رحمه الله - ليس بشرطٍ؛ بناءً على أنّ قيامَ الرّائحةِ شرطُ صِحّةِ الإقرارِ والشَّهادةِ عندهما، ولهذا لا يَبْقَى مع التّقادُمِ، وعنده ليس بشرطٍ ولو لم يتقادَمِ العهْدُ، ولكنّ ريحَها لا يوجدُ منه - لم يصحَّ الإقرارُ عندهما، خلافًا له.

وجه قولِ محمّدٍ - رحمه الله - أنّ حَدَّ الشُّرْبِ ليس بمنصوصٍ عليه في الكتابِ والسُّنّةِ، وإنّما عُرِفَ بإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم، وإجماعُهم لا يَنْعَقِدُ بدونِ عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه ولم يَثْبُتْ فتواه عند زَوالِ الرّائحةِ، فإنّه رويَ أنّ رجلاً جاءَ بابنِ أخٍ له إلى عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه فاعتَرَفَ عنده بشُرْبِ الخمرِ، فقال له عبدُ اللَّه: بئْسَ وليُّ اليَتيمِ أنْتَ، لا أدَّبْتَه صَغيرًا ولا سَتَرْت عليه كبيرًا، ثُمّ قال رضي الله عنه: تَلْتِلوه [٤] ومَزْمِزوه [٥] واستَنْكِهوه [٦]، فإنْ وجَدْتُم رائحةَ الخمرِ -

---

(١) في المخطوط: «يعرف». (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «عند أبي حنيفة وأبي يوسف».

(٤) التلتلة: التحريك والزعزعة والزلزلة. انظر: لسان العرب (١١/ ٧٩).

(٥) المزمزة: التحريك الشديد. انظر: اللسان (٥/ ٤١٠).

(٦) في المخطوط: «استهنكوه».

فاجلِدوه، وأفتَى رضي الله عنه بالحدِّ عند وُجودِ الرّائحةِ. ولم يَثْبُتْ فتْواه عند عَدَمِها، وإذا لم يَثْبُتْ فلا يَنْعَقِدُ الإجماعُ بدونِه، فلا يجبُ [الحد] (١) بدونِه؛ لأنّ وُجوبَه بالإجماعِ، ولا إجماعَ (٢)، ثُمّ إنّما تُعْتَبَرُ الرّائحةُ إذا لم يكنْ سَكْرانَ، فأمّا إذا كان سَكْرانًا - فلا؛ لأنّ السُّكْرَ أدلُّ على الشُّرْبِ من الرّائحةِ، ولِذلك (٣) لو جيءَ به من مكان بَعيدٍ لا تَبْقَى الرّائحةُ بالمَجيءِ من مثلِه عادةً - يُحَدُّ، وإنْ لم توجَدِ الرّائحةُ للحالِ؛ لأنّ هذا موضِعُ العُذْرِ فلا يُعْتَبَرُ قيامُ الرّائحةِ فيه، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

وإذا أقَرَّ إنسانٌ بالزِّنا عند القاضي؛ يَنْبَغي أنْ يُظْهِرَ الكَراهةَ أو يَطْرُدَه، وكذا في المَرّةِ (٤) الثّانيةِ والثّالثةِ هَكذا فعلَ رسول الله ﷺ بماعِزٍ.

وكذا رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: اطْرُدوا المُعْتَرِفينَ [٣/ ١١ب]. أي بالزِّنا، فإذا أقَرَّ أربعًا نُظِرَ في حالِه أهو صَحيحُ العقلِ أم به آفةٌ؟ هَكذا قال رسول الله ﷺ لِماعِزٍ أبِك خَبَلٌ (أم بك) (٥) جُنونٌ (٦)؟ وبعَثَ إلى قَوْمِه فسَألَهم عن حالِه. فإذا عُرِفَ أنّه صَحيحُ العقلِ سَألَه عن ماهيّةِ الزِّنا وعن كيْفيَّتِه وعن مكانِه وعن المَزْنيِّ بها؛ لِما ذَكَرْنا في الشَّهادةِ، ولا يَسْألُه عن الزّمانِ؛ لأنّ السُّؤالَ عن الزّمانِ لِمكانِ احتمالِ التّقادُمِ، والتّقادُمُ لا يقدح في الإقرارِ، وإنّما يَقْدَحُ في الشّهادةِ ويجوزُ أنْ يَسْألَ عن الزّمانِ أيضًا؛ لاحتمالِ أنّه زَنَى في حالِ الصِّغَرِ، فإذا بيَّنَ ذلك كُلَّه - سَألَه عن حالِه أهو مُحْصَنٌ أم لا؟ لأنّ حُكْمَ الزِّنا يختَلِفُ بالإحصانِ وعَدَمِه، فإنْ قال: أنا مُحْصَنٌ - سَألَه عن ماهيّةِ الإحصانِ أنّه ما هو؟ لأنّه عِبارةٌ عن اجتِماعِ شرائط لا يَقْدِرُ عليها كُلُّ أحدٍ فإذا بَيَّنَ رَجَمَه.

وأمّا عِلْمُ القاضي فلا يَظْهَرُ به حَدُّ الزِّنا والشُّرْبِ والسُّكْرِ والسّرقةِ؛ حتّى لا يَقْضيَ بشيءٍ من ذلك بعِلْمِه، لكنّه يَقْضي بالمالِ في السّرقةِ؛ لأنّ القاضيَ يَقْضي بعِلْمِه في الأموالِ، سواءٌ عَلِمَ بذلك قبل زَمانِ القضاءِ ومكانِه أو بعدَهما بلا خلافٍ بينَ أصحابِنا، وسواءٌ عَلِمَ بذلك مُعايَنةً بأنْ رأى إنسانًا يَزْني ويَشْرَبُ ويَسْرِقُ، أو بسَماعِ الإقرارِ به في غيرِ مجلِسِه الذي يَقْضي فيه بينَ النّاس، فإنْ كان إقرارُه في مجلِسِ القضاءِ - لَزِمَه موجِبُ إقرارِه، إذْ لو لم يُقْبل إقرارُه - لاحتاجَ القاضي إلى أنْ يكونَ معه جماعةٌ على الإقرارِ في

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «اجتماع».
(٣) في المخطوط: «كذلك».
(٤) في المخطوط: «المرات».
(٥) في المخطوط: «أبك».
(٦) سبق تخريجه.

كُلِّ حادِثةٍ، وإجماعُ الأُمّةِ بخلافِه، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

ويَظْهَرُ به حَدُّ القَذْفِ في زَمانِ القضاءِ ومكانِه كالقِصاصِ وسائرِ الحُقوقِ والأموالِ بلا خلافٍ بينَ أصحابِنا، وإنّما اختلَفوا في ظُهورِ ذلك بعِلْمِه في غيرِ زَمانِ [1] القضاءِ ومكانِه، وقد ذَكَرْنا جُمْلةَ ذلك بدَلائلِه في كتابِ آدابِ [2] القاضي، ولا يَظْهَرُ حَدُّ السّرقةِ بالنُّكولِ، لكنّه يَقْضي بالمالِ؛ لأنّ النُّكولَ إمّا بَدَلٌ، وإمّا إقرارٌ فيه شُبْهةُ العدَمِ، والحدُّ لا يحتملُ البدَلَ ولا يَثْبُتُ بالشُّبْهةِ، والمالُ يحتملُ البدَلَ والثُّبوتَ بالشُّبْهةِ.

وأمّا الخُصومةُ فهل هي شرطُ ثُبوتِ الحدِّ بالشَّهادةِ والإقرارِ؟ فلا خلافَ في أنّها ليستْ بشرطٍ في حَدِّ الزِّنا والشُّرْبِ؛ لأنّه خالصُ حَقِّ اللَّه - عزّ وجلّ - والخُصومةُ ليستْ بشرطٍ في الحُدودِ الخالصةِ لِلَّه تعالى؛ لأنّها تُقامُ حِسْبةً لِلَّه - تعالى - فلا يتوَقَّفُ ظُهورُها على دعوى العبدِ. ولا خلافَ في حَدِّ السّرقةِ أنّ الخُصومةَ فيها شرطُ الظُّهورِ بالشَّهادةِ؛ لأنّ حَدَّ السّرقةِ وإنْ كان حَقَّ اللَّه تعالى خالصًا، لكنْ هذا الحقُّ لا يَثْبُتُ إلاّ بعدَ كونِ المسروقِ مِلْكًا للمسروقِ منه، ولا يَظْهَرُ ذلك إلاّ بالخُصومةِ، وفي كونِها شرطَ الظُّهورِ بالإقرارِ خلافٌ ذَكَرْناه في كتابِ السّرقةِ، ولا خلافَ أيضًا في أنّها شرطُ الظُّهورِ بالشَّهادةِ على القَذْفِ والإقرارِ به، أمّا على أصلِ الشّافعيِّ - رحمه الله - فلأنّه خالصُ حَقِّ العبدِ، فيُشترَطُ فيه الدَّعْوَى كما في سائرِ حُقوقِ العِبادِ، وعندنا حَقُّ اللَّه تعالى عَزَّ شَأنُه - وإنْ كان هو المُغَلَّبُ فيه، لكنْ للعبدِ فيه حَقٌّ؛ لأنّه يَنْتَفِعُ به بصيانةِ عِرْضِه عن الهَتْكِ، فيُشترَطُ فيه الدَّعْوَى عن [3] هذه الجِهةِ.

وإذا عُرِفَ أنّ الخُصومةَ في حَدِّ القَذْفِ شرطُ كونِ البينة والإقرارِ مُظْهِرَيْنِ فيه فيَقَعُ الكَلامُ في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ الأحكامِ التي تَتَعَلَّقُ بالدَّعْوَى والخُصومةِ.

والثّاني: في بيانِ مَنْ يَمْلِكُ الخُصومةَ ومَنْ لا يَمْلِكُها.

أمّا الأوّلُ - فنقولُ - ولا قوّةَ إلاّ باللَّه تعالى: الأفضَلُ للمقذوفِ أنْ يَتْرُكَ الخُصومةَ؛ لأنّ فيها إشاعةَ الفاحشةِ وهو مَنْدوبٌ إلى تَرْكِها، وكذا العفْوُ عن الخُصومةِ

(١) في المخطوط: «زمن».
(٢) في المخطوط: «أدب».
(٣) في المخطوط: «من».

والمُطالَبةِ التي هي حَقُّها من بابِ الفضْلِ والكَرامةِ. وقد قال اللّه تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۚ﴾ [البقرة:٢٣٧]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْۚ﴾ [البقرة:٢٣٧]

وإذا رُفِعَ إلى القاضي يُسْتَحْسَنُ للقاضي أنْ يقولَ قبل الإتيانِ (١) بالبيِّنةِ:

أعرِضْ عن هذا؛ لأنّه نَدْبٌ إلى السَّتْرِ والعفْوِ، وكُلُّ ذلك حَسَنٌ، فإذا (٢) لم يَتْرُكِ الخُصومةَ، وادَّعى القَذْفَ على القاذِفِ، فأنْكَرَ ولا بَيِّنةَ للمُدَّعي فأرادَ استحلافَه باللّه تعالى ما قَذَفَه، هل يحلِفُ؟

ذكر الكَرْخيُّ - رحمه الله- أنّه لا يحلِفُ عند أصحابِنا (٣)، خلافًا لِلشّافعيِّ - رحمه الله تعالى (٤).

وذكر في آدابِ (٥) القاضي أنّه يحلِفُ في ظاهرِ الرِّوايةِ عندهم، وإذا نَكِلَ - يَقْضي عليه بالحدِّ، وقال بعضُهم: يُحْتَمَلُ أنْ يحلِفَ، فإذا نَكِلَ يَقْضي عليه بالتّعزيرِ لا بالحدِّ. وهذه الأقاويلُ تَرْجِعُ إلى أصلٍ وهو أنّ عند الشّافعيِّ - رحمه الله - حَدُّ القَذْفِ خالصُ حَقِّ العبدِ، فيجري فيه الاستحلافُ كما في سائرِ حُقوقِ العِبادِ. وأمّا على أصلِ أصحابِنا ففيه حَقُّ اللّه تعالى - عزّ وجلّ - وحَقُّ العبدِ فمَنْ قال منهم: إنّه يحلِفُ ويَقْضي بالحدِّ عند النُّكولِ اعتبَرَ ما فيه من حَقِّ العبدِ فألحَقَه في التّحْليفِ بالتّعزيرِ، ومَنْ قال منهم: إنّه لا يحلِفُ أصلًا اعتبَرَ حَقَّ اللّه سبحانه وتعالى فيه؛ لأنّه المُغَلَّبُ، فألحَقَه بسائرِ حُقوقِ اللّه - سبحانه وتعالى - الخالصةِ، والجامعُ [٣/ ١٢أ] أنّ المقصودَ من الاستحلافِ هو النُّكولُ، وأنّه على أصلِ (٦) أبي حنيفةَ رحمه الله بَدَلٌ، والحدُّ لا يحتملُ البدَلَ، وعلى أصلِهما إقرارٌ فيه شُبْهةُ العدَمِ؛ لأنّه ليس بصَريحِ إقرارٍ، بل هو إقرارٌ بطريقِ السُّكوتِ، فكان فيه شُبْهةُ العدَمِ، والحدُّ لا يَثْبُتُ بدليلٍ فيه شُبْهةُ العدَمِ.

ومَنْ قال منهم. إنّه يحلِفَ ويَقْضي عليه بالتّعزيرِ عند النُّكولِ دونَ الحدِّ، اعتبَرَ حَقَّ العبدِ فيه للاستحلافِ كالتّعزيرِ واعتَبَرَ حَقَّ اللّه سبحانه وتعالى للمنعِ من إقامةِ الحدِّ عند

---

(١) في المخطوط: «الإثبات». (٢) في المخطوط: «وإن».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٩/ ١٠٦، ١٠٧).
(٤) وفي بيان مذهب الشافعية: يستحلف المدعى عليه القذف. انظر: مغني المحتاج (٤/ ٣٦١).
(٥) في المخطوط: «أدب». (٦) في المخطوط: «مذهب».

النُّكولِ كسائرِ الحُدودِ، ومثلُ هذا جائزٌ كحَدِّ السّرقةِ أنّه يجري فيه الاستحلافُ، ولا يَقْضي عند النُّكولِ بالحدِّ، ولكنْ يَقْضي بالمالِ، وكَما قال أبو يوسفَ ومحمّدٌ - رحمهما الله- في القِصاصِ في الطَّرَفِ [١] والنّفسِ: إنّه يحلِفُ، وعند النُّكولِ لا يَقْضي بالقِصاصِ بل بالدّيةِ على ما عُرِفَ.

وإنْ قال المُدَّعي: لي بَيِّنةٌ حاضِرةٌ في المِصْرِ على قَذْفِه - يُحْبَسُ المُدَّعَى عليه القَذْفُ إلى قيامِ الحاكِمِ من مجلِسِه. والمُرادُ من الحبْسِ المُلازَمةُ أي يُقالُ للمُدَّعي: لازِمْه إلى هذا الوقتِ، فإنْ أحضرَ البيِّنةَ فيه وإلاّ خُلّيَ سَبيلُه، ولا يُؤخَذُ منه كفيلٌ بنفسِه.

هذا قولُ أبي حنيفةَ - رحمه الله - وعندهما [٢] يُؤخَذُ منه الكَفيلُ [ولا يحبس] [٣]، وهذا بناءً على أنّ الكَفالةَ في الحُدودِ غيرُ جائزةٍ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - حيث قال في الكتابِ: ولا كفالةَ في حَدٍّ ولا قِصاصٍ، وعندهما [٤] يُكْفَلُ ثلاثةَ أيّامٍ.

وذكر الجصّاصُ في تفسيرِ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّ معناه لا يُؤخَذُ الكَفيلُ في الحُدودِ والقِصاصِ جَبْرًا، فأمّا إذا بَذَلَ من نفسِه وأعطَى الكَفيلَ - فهو جائزٌ بالإجماعِ، وظاهرُ إطلاقِ الكتابِ يَدُلُّ على عَدَمِ الجوازِ عنده؛ لأنّ كلِمةَ النّفيِ إذا دخلتْ على الأفعالِ الشّرعيّةِ؛ يُرادُ بها نَفْيُ الجوازِ من الأصلِ كما في قولِه ﷺ: «**لَا صَلَاةَ إلَّا بطَهُورٍ ولَا نِكَاحَ إلَّا بشُهُودٍ**» [٥] ونحوِ ذلك.

وجه قولِهما أنّ الحبْسَ جائزٌ في الحُدودِ، فالكَفالةُ أولى؛ لأنّ معنى الوثيقةِ في الحبْسِ أبلَغُ منه في الكَفالةِ، فلَمّا جاز الحبْسُ فالكَفالةُ أحَقُّ بالجوازِ.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ الكَفالةَ شُرِعَتْ للاستيثاقِ، والحُدودُ مَبناها على الدَّرْءِ والإسقاطِ، قَالَ ﷺ: «**ادْرَءُوا الحُدودَ مَا استَطَعْتُمْ**» [٦]. فلا يُناسبُها الاستيثاقُ بالكَفالةِ، بخلافِ الحبْسِ فإنّ الحبْسَ لِلتُّهْمةِ مشروعٌ، رويَ أن رسول الله ﷺ حَبَسَ رجلاً بالتُّهْمةِ وقد ثَبَتَتِ التُّهْمةُ في هذه المسألةِ بقولِه: لي بَيِّنةٌ حاضِرةٌ في المِصْرِ، فجاز الحبْسُ فإذا أقامَ المُدَّعي شاهدَيْنِ لا يَعْرِفُهما القاضي - أي لم تَظْهَرْ عَدالَتُهما بعدَ الحبْسِ - فلا

---

(١) في المخطوط: «المطرف».
(٢) في المخطوط: «وقال أبو يوسف ومحمد».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وقال أبو يوسف ومحمد».
(٥) سبق تخريجه، وانظر الإحكام للآمدي (٢/ ٣٣١).
(٦) سبق تخريجه.

خلافَ، ولا يُؤخَذُ منه كفيلٌ، وإنْ أقام شاهدًا واحدًا عَدْلاً حُبِسَ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله، وعندهما لا يُحْبَسُ ويُؤخَذُ منه كفيلٌ.

وجه قولِهما أنّ الحقَّ لا يَظْهَرُ بقولِ الواحدِ وإنْ كان عَدْلاً، فالحبْسُ من أينَ بخلافِ الشّاهدَيْنِ؟ فإنّ سببَ ظُهورِ الحقِّ قد وُجِدَ وهو كمالُ عَدَدِ الحُجّةِ، إلاّ (أنّ تَوَقُّفَ)[1] الظُّهورِ لِتَوَقُّفِ ظُهورِ العدالةِ فثبَتَتِ الشُّبْهةُ؛ فيُحْبَسُ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ قولَ الشّاهدِ الواحدِ وإنْ كان لا يوجِبُ الحقَّ فإنّه يوجِبُ التُّهْمةَ، وحَبْسُ المُتَّهَمِ جائزٌ.

ولو قال المُدّعي: لا بَيِّنةَ لي أو بَيِّنَتي غائبةٌ أو خارجُ المِصْرِ - لا يُحْبَسُ بالإجماعِ؛ لِعَدَمِ التُّهْمةِ، فإنْ قامتِ البيِّنةُ للمقذوفِ على القَذْفِ، أو أقَرَّ القاذفُ به فإنّ القاضيَ يقولُ له: أقِمِ البيِّنةَ على صِحّةِ قَذْفِك. فإنْ أقام أربعةً من الشُّهودِ على مُعايَنةِ الزِّنا من المقذوفِ أو على إقرارِه بالزِّنا - سَقَطَ الحدُّ عن القاذفِ، ويُقامُ حَدُّ الزِّنا على المقذوفِ، وإنْ عَجَزَ عن إقامةِ البيِّنةِ - يُقيمُ حَدَّ القَذْفِ على القاذفِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور:٤] وإنْ طَلَبَ التّأجيلَ من القاضي، وقال: شُهودي غُيَّبٌ، أو خارجُ المِصْرِ - لم يُؤَجِّلْه، ولو قال: شُهودي في المِصْرِ أجّلَه إلى آخِرِ المجلِسِ، ولازَمَه المقذوفُ، ويُقالُ له: ابعَثْ أحدًا إلى شُهودِك فأحضِرْهم، ولا يُؤخَذُ منه كفيلٌ بنفسِه في قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه وعندهما[2] يُؤَجَّلُ يومَيْنِ أو ثلاثةً، ويُؤخَذُ منه الكَفيلُ.

وجه قولِهما أنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ صادِقًا في إخبارِه أنّ له بَيِّنةً في المِصْرِ، ورُبَّما لا يُمْكِنُه الإحضارُ في ذلك الوقتِ[3] فيحتاجُ إلى التّأخيرِ إلى المجلِسِ الثّاني وأخْذِ الكَفيلِ؛ لِئَلاّ يُفَوِّتَ حَقَّه عَسَى، ولأبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ في التّأجيلِ إلى آخِرِ المجلِسِ الثّاني منعًا من استيفاءِ الحدِّ بعدَ ظُهورِه، وهذا لا يجوزُ، بخلافِ التأجيلِ[4] إلى [آخِرِ][5] المجلِسِ؛ لأنّ ذلك القدرَ لا يُعَدُّ تأجيلاً ولا منعًا من استيفاءِ الحدِّ بعدَ

---

(١) في المخطوط: «أنه يوقف».
(٢) في المخطوط: «وقال أبو يوسف ومحمد».
(٣) في المخطوط: «المجلس».
(٤) في المخطوط: «التأخير».
(٥) ليست في المخطوط.

ظُهورِه. ورُوِيَ عن محمّدٍ - رحمه الله - أنّه إذا ادَّعَى أنّ له بَيِّنةً حاضِرةً في المِصْرِ ولم يجِدْ [له] [١] أحدًا يَبْعَثُه إلى الشُّهودِ، فإنّ القاضيَ يَبْعَثُ معه من الشُّرَطِ مَنْ يحفَظُه [٣/ ١٢ب] ولا يَتْرُكُه حتّى يُقِرَّ، فإنْ لم يجِدْ - ضُرِبَ الحدّ.

ولو ضُرِبَ بعضَ الحدِّ ثُمّ أقام القاذِفُ البيِّنةَ على صِدْقِ مَقالتِه - قُبِلَتْ بَيِّنَتُه وسَقَطَتْ بَيِّنةُ الجلَداتِ، ولا تَبْطُلُ شهادَتُه ويُقامُ حَدُّ الزِّنا على المقذوفِ، كما لو أقامها قبل أنْ يُضرَبَ الحدَّ أصلاً ولو ضُرِبَ الحدَّ بتَمامِه، ثُمّ أقام البيِّنةَ على زِنا المقذوفِ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه ويَظْهَرُ أثَرُ القَبولِ في جوازِ شهادةِ القاذِفِ، وأنْ لا يَصيرَ مردودَ الشَّهادةِ؛ لأنّه تبَيَّنَ أنّه لم يكنْ مَحْدودًا في القَذْفِ حقيقةً، حيث تَبَيَّنَ أنّ المقذوفَ لم يكنْ مُحْصَنًا؛ لأنّ من شرائطِ الإحصانِ العِفّةُ عن الزِّنا، وقد ظَهَرَ زِناه بشهادةِ الشُّهودِ؛ فلم يصرِ القاذِفُ مردودَ الشَّهادةِ، ولا يَظْهَرُ أثَرُ قَبولِ [هذه] [٢] الشَّهادةِ في إقامةِ حَدِّ الزِّنا على المقذوفِ؛ لأنّ معنى القَذْفِ قد تَقَرَّرَ بإقامةِ الحدِّ على القاذِفِ.

ولو قَذَفَ رجلًا فقال: يا ابنَ الزّانيةِ، ثُمّ ادَّعَى القاذِفُ أنّ أُمَّ المقذوفِ أمةٌ أو نَصْرانيّةٌ، والمقذوفُ يقولُ: هي حُرّةٌ مسلمةٌ - فالقولُ قولُ القاذِفِ، وعلى المقذوفِ إقامةُ البيِّنةِ على الحُرّيّةِ والإسلامِ.

وكذلك لو قَذَفَ إنسانًا في نفسِه، ثُمّ ادَّعَى القاذِفُ أنّ المقذوفَ عبدٌ - فالقولُ قولُ القاذِفِ، وكذلك لو قال القاذِفُ: أنا عبدٌ وعَلَيَّ حَدُّ العبدِ، وقال المقذوفُ: أنْت حُرٌّ - فالقولُ قولُ القاذِفِ؛ لأنّ الظّاهرَ وإنْ كان هو الحُرّيّةُ والإسلامُ؛ لأنّ دارَ الإسلامِ دارُ الأحرارِ، لكنّ الظّاهرَ لا يَصْلُحُ للإلْزامِ على الغيرِ، فلا بُدَّ من الإتيانِ [٣] بالبيِّنةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ فيمَنْ قَذَفَ أُمَّ رجلٍ فإنْ كان القاضي يَعْرِفُ أُمّه حُرّةً مسلمةً - جَلَدَ القاذِفَ؛ لأنّ الحُرّيّةَ والإسلامَ يَثْبُتانِ بالبيِّنةِ فعِلْمُ القاضي أولى؛ لأنّه فوْقَ البيِّنةِ؛ لأنّ الحُرّيّةَ والإسلامَ من شرائطِ الإحصانِ، والإحصانُ شرطُ الوُجوبِ والقاضي يَقْضي بعِلْمِه بسببِ وُجوبِ هذا الحدِّ؛ فلأَنْ يَقْضيَ بعِلْمِه بشرطِ الوُجوبِ أولى، فإنْ لم يَعْلم القاضي - حَبَسَه في السِّجْنِ حتّى يأتيَ بالبيِّنةِ؛ لأنّه ظَهَرَ منه القَذْفُ، وأنّه يوجِبُ العُقوبةَ سواءٌ كان

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «الإثبات».

المقذوفُ أمُّه حُرّةً أو أمةً، فجاز أنْ يَسْتَوْثِقَ منه بالحبْسِ، وإنْ لم (تُقَمْ بيِّنَتُه) (١) - أخذ منه كفيلًا أو أخْرَجَه وأخذ الكَفيلَ على مذهَبِه، فأمّا على مذهَبِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه فلا يُؤخَذُ الكَفيلُ على ما بيَّنّا ولا يُعَزِّرُه؛ لأنّ التّعزيرَ من القاضي حُكْمٌ بإبطالِ إحصانِ المقذوفِ؛ لأنّ قَذْفَ المُحْصَنِ يوجِبُ الحدَّ لا التّعزيرَ، ولا يجوزُ الحُكْمُ بإبطالِ الإحصانِ.

ولو شَهِدَ شاهدانِ على القَذْفِ واختلَفا في مكانِ القَذْفِ أو زَمانِه بأنْ شَهِدَ أحدُهما أنّه قُذِفَ في مكانِ كذا، وشَهِدَ الآخرُ أنّه قُذِفَ في مكان آخرَ، أو شَهِدَ أحدُهما أنّه قُذِفَ يومَ الخميسِ، وشَهِدَ الآخرُ أنّه قُذِفَ يومَ الجُمُعةِ - قُبِلَتْ شهادَتُهما، ووَجَبَ الحدُّ عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه وعندهما (٢) لا تُقْبَلُ.

وجه قولِهما أنّهما شَهِدا بقَذْفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ؛ لأنّ القَذْفَ في هذا المكانِ والزّمانِ يُخالفُ القَذْفَ في مكان آخرَ وزمانٍ آخرَ، فقد شَهِدَ كُلُّ واحدٍ منهما بقَذْفٍ غيرِ القَذْفِ الذي شَهِدَ به الآخرُ، وليس على أحدِهما شهادةُ شاهدَيْنِ فلا يَثْبُتُ، ولأبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ اختلافَ مكانِ القَذْفِ وزَمانِه لا يوجِبُ اختلافَ القَذْفِ؛ لِجوازِ أنّه كرَّرَ القَذْفَ الواحدَ في مكانيْنِ وزمانَيْنِ؛ لأنّ القَذْفَ من بابِ الكَلامِ والكَلامُ مِمّا يحتملُ التّكْرارَ والإعادةَ، والمُعادُ عَيْنُ الأوّلِ حُكْمًا، وإنْ كان غيرَه حقيقةً فكان القَذْفُ واحدًا، فقد اجتَمع عليه شهادةُ شاهدَيْنِ، وإنِ اتّفَقا في المكانِ والزّمانِ واختلَفا في الإنْشاءِ والإقرارِ، بأنْ شَهِدَ أحدُهما أنّه قَذَفَه في هذا المكانِ يومَ الجُمُعةِ، وشَهِدَ الآخرُ أنّه قَذَفَه في هذا المكانِ يومَ الجُمُعةِ - لا تُقْبَلُ ولا حَدَّ عليه في قولِهم جميعًا استحسانًا والقياسُ أنْ تقبَلَ ويُحَدُّ.

وجه القياس أنّ اختلافَ كلامِهما في الإنْشاءِ والإقرارِ لا يوجِبُ اختلافَ القَذْفِ، كما إذا شَهِدَ أحدُهما بإنْشاءِ البيعِ والآخرُ بالإقرارِ به - أنّه تُقْبَلُ شهادَتُهما، كذا هذا.

وجه الاستحسانِ أنّ الإنْشاء مع الإقرارِ أمرانِ مُخْتَلِفانِ حقيقةً؛ لأنّ الإنْشاء إثباتُ أمرٍ لم يكنْ، والإقرارَ إخْبارٌ عن أمرٍ [كان] (٣)، فكانا مُخْتَلِفَيْنِ حقيقةً فكان المشهودُ به مُخْتَلِفًا، وليس على أحدِهما شاهدانِ (٤) فلا تُقْبَلُ.

---

(١) في المخطوط: «يقم بينة».
(٢) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «شهادة شاهدين».

ونظيره مَنْ قال لامرأته: زَنَيْتِ قبل أنْ أتزوّجَكِ - فعليه اللِّعانُ لا الحدُّ، ولو قال لها: قَذَفْتُكِ بالزِّنا قبل أنْ أتزوّجَكِ - فعليه الحدُّ لا اللِّعانُ؛ لأنّ قوله زَنَيْتِ إنْشاءُ القَذْفِ فكان قاذِفًا لها للحالِ، وهي للحالِ زوجَتُه، وقَذْفُ الزَّوْجِ يوجِبُ اللِّعانَ لا الحدَّ، وقولُه: قَذَفْتُكِ بالزِّنا، إقرارٌ منه بقَذْفٍ كان منه قبل التَزَوُّجِ، وهي كانت أجنبيّةً قبل التَزَوُّجِ، وقَذْفُ الأجنبيّةِ يوجِبُ الحدَّ [٣: ١٣أ] لا اللِّعانَ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها]

وأمّا بيانُ مَنْ يَمْلِكُ الخُصومةَ ومَنْ لا يَمْلِكُها فنقولُ - ولا قوّةَ إلاّ باللَّه تعالى: المقذوفُ لا يخلو إمّا أنْ يكونَ حَيًّا وقتَ القَذْفِ، وإمّا أنْ يكونَ مَيِّتًا، فإنْ كان حَيًّا فلا خُصومةَ لأحدٍ سِواه، وإنْ كان ولَدَه أو والِدَه، وسواءٌ كان حاضِرًا أو غائبًا؛ لأنّه إذا كان حَيًّا وقتَ القَذْفِ كان هو المقذوفُ صورةً ومعنًى بإلْحاقِ العارِ به، فكان حَقُّ الخُصومةِ له، وهل تجوزُ الإنابةُ في هذه الخُصومةِ وهو التَّوْكيلُ بالإثباتِ بالبيِّنةِ اختلف أصحابُنا فيه عندهما [١] يجوزُ، وقال أبو يوسفَ لا يجوزُ - والمسألةُ مَرَّتْ في «كتابِ الوكالةِ».

ولا يجوزُ التَّوْكيلُ فيه بالاستيفاءِ عندنا، [خلافًا لِلشّافعيِّ - رحمه الله - والمُرادُ بذلك أنّ حَضْرةَ المقذوفِ بنفسِه شرطُ جوازِ الاستيفاءِ عندنا] [٢]، وعنده ليس بشرطٍ، وتَقومُ حَضْرةُ الوكيلِ مَقامَ حَضْرَتِه على أنّ هذا الحدَّ عنده حَدُّ [٣] المقذوفِ على الخُلوصِ، فتجري فيه النّيابةُ في الإثباتِ والاستيفاءِ جميعًا.

ولَنا أنّ الاستيفاءَ عند غَيْبةِ الموَكِّلِ بنفسِه استيفاءٌ مع الشُّبْهةِ؛ لِجوازِ أنّه لو كان حاضِرًا لَصَدَّقَ القاذِفَ في قَذْفِه، والحُدودُ لا تُسْتَوْفَى مع الشُّبُهاتِ ولو كان المقذوفُ حَيًّا وقتَ القَذْفِ، ثُمّ مات قبل الخُصومةِ أو بعدَها - سَقَطَ الحدُّ عندنا، خلافًا لِلشّافعيِّ بناءً على أنّ حَدَّ القَذْفِ لا يورَثُ عندنا، وعنده يورَثُ - وسَتأتي المسألةُ في موضِعِها إن شاء الله تعالى.

هذا إذا كان حَيًّا وقتَ القَذْفِ، وأمّا إذا كان مَيِّتًا فلا خلافَ في أنّ لِولدِه ذَكَرًا كان أو

---

(١) في المخطوط: «قال أبو حنيفة ومحمد».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «حق».

أُنثى، ولابنِ ابنِه، وبِنْتِ ابنِه وإنْ سفَلوا، ولِوالِدِه وإنْ عَلا أنْ يُخاصِمَ القاذِفَ في القَذْفِ؛ لأنّ [معنى] [١] القَذْفِ: هو إلْحاقُ العارِ [٢] بالمقذوفِ، والمَيِّتُ ليس بمَحِلٍّ لإلْحاقِ العارِ به، فلم يكنْ معنى القَذْفِ راجعًا إليه بل إلى فروعِه وأُصولِه؛ لأنّه يَلْحَقُهم العارُ بقَذْفِ المَيِّتِ؛ لِوُجودِ الجُزْئيّةِ والبعضيّةِ، وقَذْفُ الإنسانِ يكونُ قَذْفًا لأجزائه فكان القَذْفُ بهم [٣] من حيث المعنى فيَثْبُتُ لهم حَقُّ الخُصومةِ؛ لِدَفْعِ العارِ عن أنْفُسِهم، بخلافِ ما إذا كان المقذوفُ حَيًّا وقتَ القَذْفِ، ثُمّ مات - أنّه ليس للولدِ والوالِدِ حَقُّ الخُصومةِ بل يَسْقُطُ؛ لأنّ القَذْفَ أُضيفَ إليه وهو كان مَحِلًّا قابلًا للقَذْفِ صورةً ومعنًى بإلْحاقِ العارِ به؛ فانعَقَدَ القَذْفُ موجِبًا حَقَّ الخُصومةِ له خاصّةً، فلو انتَقَلَ إلى ورَثَتِه لانتَقَلَ إليهم بطريقِ الإرْثِ، وهذا الحدُّ لا يحتملُ الإرْثَ - لِما نذكرُ - فسَقَطَ ضرورةً، ولا خلافَ في أنّ الإخْوةَ والأخَواتِ والأعمامَ والعمّاتِ والأخْوالَ والخالاتِ لا يَمْلِكونَ الخُصومةَ؛ لأنّ العارَ لا يَلْحَقُهم؛ لانعِدامِ الجُزْئيّةِ والبعضيّةِ فالقَذْفُ لا يتناوَلُهم لا صورةً ولا معنًى، وكذا ليس لِمولى العتاقةِ وِلايةُ الخُصومةِ؛ لأنّ القَذْفَ لم يتناوَلْه صورةً ومعنًى بإلْحاقِ [٤] العارِ به.

واختلف أصحابُنا رضي الله عنهم في أولادِ البناتِ أنّهم هل يَمْلِكونَ الخُصومةَ؟ عندهما [٥] يَمْلِكونَ، وعند [٦] محمّدٍ لا يَمْلِكونَ.

وجه قولِه [٧] أنّ ولَدَ البِنْتِ يُنْسَبُ إلى أبيه لا إلى جَدِّه فلم يكنْ مقذوفًا معنًى بقَذْفِ جَدِّه.

ولهما أنّ معنى الوِلادِ موجودٌ والنِّسْبةُ الحقيقيّةُ ثابتةٌ بواسطةِ أُمِّه؛ فصار مقذوفًا معنًى فيَمْلِكُ الخُصومةَ. وهل يُراعَى فيه التّرْتيبُ بتقديمِ الأقرَبِ على الأبعَدِ؟ قال أصحابُنا الثّلاثةُ: لا يُراعَى والأقرَبُ والأبعَدُ سواءٌ فيه، حتّى كان لابنِ الابنِ أنْ يُخاصِمَ [فيه] [٨] مع قيامِ الابنِ الصُّلْبيِّ. وعند زُفَرَ - رحمه الله - يُراعَى فيه التّرْتيبُ وتَثْبُتُ للأقرَبِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «للعار».

(٣) في المخطوط: «لهم».

(٤) في المخطوط: «فإلحاق».

(٥) في المخطوط: «قال أبو حنيفة وأبو يوسف».

(٦) في المخطوط: «وقال».

(٧) في المخطوط: «قول محمد».

(٨) ليست في المخطوط.

فالأقرَبِ، وليس للأبعَدِ حَقُّ الخُصومةِ والمُطالَبةِ بالقَذْفِ لِإلْحاقِ العارِ بالمُخاصِمِ، ولا شَكَّ أنّ عارَ الأقرَبِ يَزيدُ على عار الأبعَدِ فكان أولى بالخُصومةِ.

ولَنا: أنّ هذا الحقَّ ليس يَثْبُتُ بطريقِ الإرْثِ على معنى أنّه يَثْبُتُ الحقُّ للمَيّتِ، ثُمّ يَنْتَقِلُ إلى الورَثةِ بل يَثْبُتُ لهم ابتِداءً لا بطريقِ الانتِقالِ من المَيّتِ إليهم؛ لِما ذَكَرْنا أنّ المَيِّتَ بالموتِ خرج عن احتمالِ لُحوقِ العارِ به فلم يكنْ ثُبوتُ الحقِّ لهم بطريقِ الإرْثِ، فلا يُراعَى فيه الأقرَبُ والأبعَدُ، وكذا لا يُراعَى فيه إحصانُ المُخاصِمِ، بل الشّرطُ إحصانُ المقذوفِ عند أصحابِنا الثّلاثةِ، حتّى لو كان الولدُ أو الوالِدُ عبدًا أو ذِمّيًّا - فلَه حَقُّ الخُصومةِ. وقال زُفَرُ - رحمه الله: إحصانُ المُخاصِمِ شرطٌ، وليس للعبدِ ولا الكافِرِ أنْ يُخاصِمَ.

وجه قولِه أنّ إثباتَ حَقِّ الخُصومةِ له لِصَيْرورَتِه مقذوفًا معنًى بإضافةِ القَذْفِ إلى المَيِّتِ، ولو أُضيفَ إليه القَذْفُ ابتِداءً - لا يجبُ الحدُّ فههنا أولى.

ولَنا أنّ الحدَّ لا يجبُ لَعَيْنِ القَذْفِ بل لِلُحوقِ عارٍ كامِلٍ بالمقذوفِ، وإنْ كان المَيِّتُ مُحْصَنًا فقد لَحِقَ الولدَ عارٌ كامِلٌ فلا يُشترَطُ إحصانُه؛ لأنّ اشْتِراطَه لِلُحوقِ عارٍ كامِلٍ به، وقد لَحِقَه بدونِه.

ولو كان الوارثُ قَتَلَه حتّى حُرِمَ الميراثَ - فلَه أنْ يُخاصِمَ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ هذا الحقَّ لا يَثْبُتُ بطريقِ الإرْثِ، ولو قَذَفَ رجلٌ أُمَّ ابنِه وهي مَيّتةٌ - فليس للولدِ أنْ يُخاصِمَ أباه؛ لأنّ الأبَ لو قَذَفَ ولَدَه [٣/ ١٣ب] وهو حَيٌّ مُحْصَنٌ - ليس للولدِ أنْ يُخاصِمَ أباه؛ تَعْظيمًا له، ففي قَذْفِ الأُمِّ المَيّتةِ أولى. وكذلك المولى إذا قَذَفَ أُمَّ عبدِه وهي حُرّةٌ مَيّتةٌ - فليس للعبدِ أنْ يُخاصِمَ مولاه في القَذْفِ؛ لأنّه عبدٌ مملوكٌ لا يَقْدِرُ على شيءٍ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في صفات الحدود]

وأمّا صِفاتُ الحُدودِ فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقُ: لا خلافَ في حَدِّ الزّنا والشُّرْبِ والسُّكْرِ والسّرقةِ أنّه لا يحتملُ العفوَ والصُّلْحَ والإبراءَ بعدَما ثَبَتَ بالحُجّةِ؛ لأنّه حَقُّ اللَّه تعالى خالصًا، لا حَقَّ للعبدِ فيه فلا يَمْلِكُ إسقاطَه، وكذا يجري فيه التّداخُلُ؛ حتّى لو زَنَى مِرارًا أو شرِبَ الخمرَ مِرارًا أو سَكِرَ مِرارًا - لا يجبُ عليه إلاّ حَدٌّ واحدٌ؛ لأنّ المقصودَ من إقامةِ

الحدِّ هو الزَّجْرُ وأنّه يحصُلُ بحَدٍّ واحدٍ، فكان في الثّاني والثّالِثِ احتمالُ عَدَمِ حُصولِ المقصودِ، فكان فيه احتمالُ عَدَمِ الفائدةِ، ولا يجوزُ إقامةُ الحدِّ مع احتمالِ عَدَمِ الفائدةِ.

ولو زَنَى أو شرِبَ أو سَكِرَ أو سَرَقَ فحُدَّ، ثُمّ زَنَى أو شرِبَ أو سكر أو سَرَقَ يُحَدُّ ثانيًا؛ لأنّه تَبَيَّنَ أنّ المقصودَ لم يحصُلْ، وكذا إذا سَرَقَ سَرِقاتٍ من أُناسٍ مُخْتَلِفةٍ فخاصَموا جميعًا فقُطِعَ لهم - كان القَطْعُ عن السّرقاتِ كُلِّها، والكَلامُ في الضَّمانِ نذكرُه [١] في كتابِ السّرقةِ - [إنْ شاء اللّه تعالى] [٢].

وأمّا حَدُّ القَذْفِ إذا ثَبَتَ بالحُجّةِ فكذلك عندنا لا يجوزُ العفْوُ عنه والإبراءُ والصُّلْحُ، وكذلك إذا عَفا المقذوفُ قبل المُرافَعةِ، أو صالَحَ على مالٍ - فذلك باطِلٌ ويُرَدُّ به [٣] الصُّلْحُ، وله أنْ يُطالِبَه بعدَ ذلك، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - يصحُّ ذلك كُلُّه، وهو إحدى الرّوايتيْنِ عن أبي يوسفَ - رحمه الله - وكذا يجري فيه التّداخُلُ عندنا حتّى لو قَذَفَ إنسانًا بالزِّنا بكَلِمةٍ، أو قَذَفَ كُلَّ واحدٍ بكَلامٍ على حِدةٍ - لا يجبُ عليه إلاّ حَدٌّ واحدٌ سواءٌ حَضروا جميعًا أو حَضرَ واحدٌ.

وقال الشّافعيُّ - رحمه الله - إذا قَذَفَ كُلَّ واحدٍ بكَلام على حِدةٍ - فعليه لِكُلِّ واحدٍ حَدٌّ على حِدةٍ، ولو ضُرِبَ القاذِفُ تِسْعةً وسَبْعينَ سَوْطًا، ثُمّ قَذَفَ آخرَ ضُرِبَ السَّوْطَ الأخيرَ فقَطْ عندنا [٤].

وعنده يُضْرَبُ السَّوْطَ الأخيرَ للأوّلِ وثَمانينَ سَوْطًا أُخَرَ لِلثّاني [٥].

ولو قَذَفَ رجلًا فحُدَّ، ثُمّ قَذَفَ آخرَ - يُحَدُّ لِلثّاني بلا خلافٍ، وكذا هذا الحدُّ لا يورَثُ (عند أصحابِنا رضي الله عنهم) [٦]، وعنده يورَثُ، ويُقْسَمُ بينَ الورَثةِ على فرائضِ اللّه - عَزَّ شَأنُه - في قولٍ، وفي قولٍ يُقْسَمُ بينَ الورَثةِ إلاّ الزَّوْجَ والزَّوْجةَ، والكَلامُ في (هذا الفرْعِ) [٧] بناءً على أصلٍ مُخْتَلِفٍ بينَنا وبينَه، وهو أنّ حَدَّ القَذْفِ خالصُ حَقِّ اللّه -

---

(١) في المخطوط: «ذكرناه». (٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بدل».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٦٦)، المبسوط (٩/ ١١١).
(٥) ومذهب الشافعية: إذا قذف جماعة بكلمة واحدة فلكل واحد حدّ وإن قال لرجل يا ابن الزانيين فعليه حدان. انظر: المزني (ص ٢٦٢).
(٦) في المخطوط: «عندنا». (٧) في المخطوط: «هذه الفروع».

سبحانه وتعالى - أو المُغَلَّبُ فيه حَقُّه، وحَقُّ العبدِ مَغْلوبٌ عندنا، وعنده هو حَقُّ العبدِ أو المُغَلَّبُ حَقُّ العبدِ.

وجه قولِه أنّ سببَ وُجوبِ هذا الحدِّ؛ هو القَذْفُ، والقَذْفُ جنايةٌ على عِرْضِ المقذوفِ بالتّعَرُّضِ، وعِرْضُه حَقُّه بدليلِ أنّ بَدَلَ نفسِه حَقُّه وهو القِصاصُ في العمْدِ، أو الدّيةُ في الخطَأِ، فكان البدَلُ حَقَّه، والجزاءُ الواجبُ على حَقِّ الإنسانِ حَقُّه كالقِصاصِ، والدَّليلُ عليه أنّه يُشترَطُ فيه الدَّعْوَى، والدَّعْوَى لا تُشترَطُ في حُقوقِ اللَّه - تَبارَكَ وتعالى - كسائرِ الحُقوقِ، إلاّ أنّه لم يُفَوّضِ استيفاؤُه إلى المقذوفِ لأجلِ التُّهْمةِ؛ لأنّ ضرْبَ القَذْفِ أخَفُّ الضَّرَباتِ في الشّرعِ، فلو فوِّضَ إليه إقامةُ هذا الحدِّ - فرُبَّما يُقيمُه على وجه الشِّدّةِ؛ لِما لَحِقَه من الغيْظِ بسببِ القَذْفِ ففوِّضَ استيفاؤُه إلى الإمامِ؛ دَفْعًا لِلتُّهْمةِ لا لأنّه حَقُّ اللَّه - تعالى عَزَّ شَأنُه.

ولَنا: أنّ سائرَ الحُدودِ إنّما كانت حُقوقَ اللَّه - تَبارَكَ وتعالى - على الخُلوصِ؛ لأنّها وجَبَتْ لِمَصالِحِ العامّةِ وهي دَفْعُ فسادٍ يرجعُ إليهم ويَقَعُ حُصولُ الصّيانةِ لهم، فحَدُّ الزِّنا وجَبَ؛ لِصيانةِ الأبضاعِ عن التّعَرُّضِ، وحَدُّ السّرقةِ وقَطْعِ الطَّريقِ وجَبَ؛ لِصيانةِ الأموالِ والأنْفُسِ عن القاصِدينَ، وحَدُّ الشُّرْبِ وجَبَ؛ لِصيانةِ الأنْفُسِ والأموالِ والأبضاعِ في الحقيقةِ بواسطةِ صيانةِ العُقولِ عن الزَّوالِ والاستِتارِ بالسُّكْرِ، وكُلُّ جنايةٍ يرجعُ فسادُها إلى العامّةِ ومَنْفعةُ جَزائها يَعودُ إلى العامّةِ، كان الجزاءُ الواجبُ بها حَقَّ اللَّه - عَزَّ شَأنُه - على الخُلوصِ تأكيدًا لِلنّفعِ والدَّفْعِ؛ كيْ لا يَسْقُطَ بإسقاطِ العبدِ وهو معنى نِسْبةِ هذه الحُقوقِ إلى اللَّه - تَبارَكَ وتعالى، وهذا المعنى موجودٌ في [حَدِّ] [1] القَذْفِ؛ لأنّ مَصْلَحةَ الصّيانةِ ودَفْعَ الفسادِ يحصُلُ [2] للعامّةِ بإقامةِ هذا الحدِّ، فكان حَقُّ اللَّه عَزَّ شَأنُه على الخُلوصِ كسائرِ الحُدودِ، إلاّ أنّ الشّرعَ شرَطَ فيه الدَّعْوَى من المقذوفِ، وهذا لا يَنْفي كونَه حَقًّا لِلَّه - تعالى عَزَّ شَأنُه - على الخُلوصِ، كحَدِّ السّرقةِ أنّه خالصُ حَقِّ اللَّه - عَزَّ شَأنُه - وإنْ كانت الدَّعْوَى من المسروقِ منه شرطًا. ثُمّ نَقولُ: إنّما شُرِطَ فيه الدَّعْوَى وإنْ كان خالصَ حَقِّ اللَّه - تعالى عَزَّ اسمُه؛ لأنّ المقذوفَ يُطالِبُ القاذِفَ ظاهرًا أو [3] غالِبًا؛ دَفْعًا للعارِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يصلح».
(٣) في المخطوط: «و».

عن نفسِه فيحصُلُ ما هو المقصودُ من شرْعِ الحدِّ كما في السّرقةِ؛ ولأنّ حُقوقَ العِبادِ تجِبُ بطريقِ المُماثَلةِ إمّا صورةً ومعنًى، وإمّا معنًى لا صورةً؛ لأنّها تجِبُ بمُقابَلةِ المَحِلِّ جَبْرًا، والجبْرُ لا يحصُلُ إلاّ بالمثلِ، ولا مُماثَلةَ بينَ الحدِّ والقَذْفِ لا صورةً ولا [٣/ ١٤أ] معنًى؛ فلا يكونُ حَقَّه. وأمّا حُقوقُ اللَّه - سبحانه وتعالى - فلا يُعْتَبَرُ فيها المُماثَلةُ؛ لأنّها تجِبُ جَزاءً للفعلِ كسائرِ الحُدودِ.

ولَنا أيضًا دَلالةُ الإجماعِ من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ وِلايةَ الاستيفاءِ للإمامِ بالإجماعِ [١] ولو كان حَقَّ المقذوفِ لكان وِلايةَ الاستيفاءِ له كما في القِصاصِ.

والثّاني: أنّه يتنصَّفُ برِقِّ القاذِفِ، وحَقُّ اللَّه - تعالى - هو الذي يحتملُ التّنْصيفَ بالرّقِّ لا حَقَّ العبدِ؛ لأنّ حُقوقَ [٢] اللَّه - تعالى - تجِبُ [٣] جَزاءً للفعلِ، والجزاءُ يَزْدادُ بزيادةِ الجنايةِ ويُنْتَقَصُ بنُقْصانِها، والجنايةُ تَتَكامَلُ بكَمالِ حالِ الجاني وتُنْتَقَصُ بنُقْصانِ حالِه، فأمّا حَقُّ العبدِ فإنّه يجِبُ بمُقابَلةِ المَحِلِّ ولا يختَلِفُ باختلافِ حالِ الجاني.

وإذا ثَبَتَ أنّ حَدَّ القَذْفِ حَقُّ اللَّه - تعالى - خالصًا أو المُغَلَّبُ فيه حَقُّه فنقولُ: لا يصحُّ العفْوُ عنه؛ لأنّ العفْوَ إنّما يكونُ من صاحبِ الحقِّ، ولا يصحُّ الصُّلْحُ والاعتياضُ؛ لأنّ الاعتياضَ عن حَقِّ الغيرِ لا يصحُّ ولا يجري فيه الإرْثُ؛ لأنّ الإرْثَ إنّما يجري في المَتْروكِ من مِلْكٍ أو حَقٍّ للمورَّثِ [٤] على ما قال ﷺ: «**مَنْ تَرَك مالاً أو حَقًّا فهو لِوَرَثَتِه**» [٥] ولم يوجدْ شيءٌ من ذلك فلا يورَّثُ ولا يجري فيه التّداخُلُ؛ لِما ذَكَرْنا، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

فصل [في مقدار الواجب منها]

وأمّا بيانُ مقدارِ الواجبِ منها فمقدارُ الواجبِ في حَدِّ الزِّنا إذا لم يكنِ الزّاني مُحْصَنًا -

---

(١) في المخطوط: «للإجماع».
(٢) في المخطوط: «حق».
(٣) في المخطوط: «يجب».
(٤) في المخطوط: «للموروث».
(٥) أخرجه البخاري، كتاب: في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: الصلاة على من ترك دينًا، برقم (٢٣٩٨)، [وأطرافه: ٢٢٩٧، ٥٣٧١، ٦٧٣١]، ومسلم، كتاب الفرائض، باب: من ترك مالاً فلورثته، برقم (١٦١٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

مائةُ جَلْدةٍ إنْ كان حُرًّا، وإنْ كان مملوكًا - فخمسونَ؛ لِقولِه عَزَّ شَأنُه: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]؛ ولأنّ العُقوبةَ على قدرِ الجنايةِ، والجنايةُ تَزْدادُ بكَمالِ حالِ الجاني وتَنْتَقِصُ بنُقْصانِ حالِه، والعبدُ أنْقَصُ حالاً من الحُرِّ؛ لاختصاصِ الحُرِّ بنِعْمةِ الحُرّيّةِ، فكانت جنايَتُه أنْقَصَ، ونُقْصانُ الجنايةِ يوجِبُ نُقْصانَ العُقوبةِ؛ لأنّ الحُكْمَ يَثْبُتُ على قدرِ العِلّةِ، هذا أمرٌ معقولٌ إلاّ أنّ التّنْقيصَ [(١)] بالتّنْصيفِ في غيرِه من المَقاديرِ ثَبَتَ شرْعًا بقولِه [(٢)] تعالى جَلَّ شَأْنُه: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، وفي حَدِّ الشُّرْبِ والسُّكْرِ والقَذْفِ ثَمانونَ في الحُرِّ وأربعونَ في العبدِ؛ لِما قُلْنا، وفي حَدِّ السّرقةِ لا يختَلِفُ قدرُ الواجبِ بالرّقِّ والحُرّيّةِ؛ لِعُمومِ قولِه تَبارَك وتعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ولا يختَلِفُ بالذُّكورةِ والأُنوثةِ في شيءٍ من الحُدودِ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في شرائط جواز إقامتها]

وأمّا شرائطُ جوازِ إقامتِها:

فمنها: ما يَعُمُّ الحُدودَ كُلَّها.

ومنها: ما يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ.

أمّا الذي يَعُمُّ الحُدودَ كُلَّها فهو الإمامةُ: وهو أنْ يكونَ المُقيمُ للحَدِّ هو الإمامُ أو مَنْ ولاّه الإمامُ وهذا عندنا.

وعند الشّافعيِّ هذا ليس بشرطٍ، ولِلرّجلِ أنْ يُقيمَ [الحدَّ] [(٣)] على مملوكِه - إذا ظَهَرَ الحدُّ عنده بالإقرارِ أربعًا عندنا [(٤)]، ومَرّةً عنده [(٥)] وبالمُعايَنةِ بأنْ رأى عبدَه زَنَى بأجنبيّةٍ، ولو ظَهَرَ عنده بالشُّهودِ بأنْ شَهِدوا عنده والمولى من أهلِ القضاءِ - فلَه فيه قولانِ، وكذا

---

(١) في المخطوط: «التبعيض».
(٢) في المخطوط: «لقوله».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٩/ ٨١).
(٥) ومذهب الشافعية: أن للسيد أن يقيم الحد على عبده وأمته إذا قامت البينة عنده، أو أقر بين يديه بالزنا والقذف والخمر. وأما القطع في السرقة فالأصح عند الشافعي أن له ذلك لإطلاق الخبر، انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٠٣).

في إقامةِ المرأةِ الحدَّ على مملوكِها، وإقامةِ المُكاتَبِ الحدَّ على عبدٍ من أكسابِه له فيه قولانِ، احتجَّ بما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي الله عنه عن رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ: «أَقِيمُوا الحُدُودَ على مَا مَلكتْ أيمَانُكُمْ» [١] وهذا نَصٌّ. وَرُوِيَ عنه ﷺ أنّه قَالَ: «إذَا زَنَتْ أمةُ أحَدِكُمْ فلْيجْلِدْهَا، فإنْ عَادَتْ- فلْيجْلِدْهَا، فإنْ عَادَتْ- فلْيجْلِدْهَا، فإنْ عَادَتْ- فلْيَبِعْهَا ولو بضَفِير» [٢] أي بحَبْلٍ [٣]، وهذا أيضًا نَصٌّ في البابِ؛ ولأنّ السُّلْطانَ إنّما مَلَك الإقامةَ؛ لِتَسلُّطِه على الرَّعيّةِ، وتَسَلُّطُ المولى على مملوكِه فوْقَ تَسلُّطِ السُّلْطانِ على رَعيَّتِه، ألا تَرَى أنّه يَمْلِكُ الإقرارَ عليه بالدَّيْنِ، ويَمْلِكُ عليه التّصرُّفاتِ، والإمامُ لا يَمْلِكُ شيئًا من ذلك: فلَمّا ثَبَتَ الجوازُ لِلسُّلْطانِ فالمولى أولى؛ ولهذا مَلَك إقامةَ التّعزيرِ عليه، كذا الحدُّ.

ولَنا أنّ وِلايةَ إقامةِ الحُدودِ ثابِتةٌ للإمامِ بطريقِ التّعيينِ [٤]، والمولى لا يُساويه فيما شُرِعَ له بهذه [٥] الوِلايةِ، فلا يَثْبُتُ له وِلايةُ الإقامةِ استِدْلالاً بوِلايةِ إنْكاحِ الصِّغارِ والصّغائرِ؛ لأنّها لَمّا ثَبَتَتْ للأقرَبِ - لم تَثْبُتْ لِمَنْ لا يُساويه فيما شُرِعَ له الوِلايةُ وهو الأبعَدُ.

وبيانُ ذلك أنّ وِلايةَ إقامةِ الحدِّ إنّما ثَبَتَتْ [٦] للإمامِ؛ لِمَصْلَحةِ العِبادِ وهي صيانةُ أنْفُسِهم وأموالِهم وأعراضِهم؛ لأنّ القُضاةَ يَمْتَنِعونَ من التّعرُّضِ خَوْفًا من إقامةِ الحدِّ عليهم، والمولى لا يُساوي الإمامَ في هذا المعنى؛ لأنّ ذلك يَقِفُ على الإمامةِ، والإمامُ قادِرٌ على الإقامةِ؛ لِشَوْكَتِه ومَنَعَتِه وانقيادِ الرَّعيّةِ له قَهْرًا وجَبْرًا، ولا يَخافُ تَبِعةَ الجُناةِ وأتْباعِهم؛ لانعِدامِ المُعارَضةِ بينَهم وبينَ الإمامِ، وتُهْمةُ المَيْلِ والمُحاباةِ والتَواني عن الإقامةِ مُنْتَفيةٌ في حَقِّه فيُقيمُ على وجهِها فيحصُلُ الغرَضُ المشروعُ له الوِلايةُ بيَقينٍ. وأمّا المولى فرُبَّما يَقْدِرُ على الإقامةِ نفسِها ورُبَّما لا يَقْدِرُ؛ لِمُعارَضةِ العبدِ إيّاه؛ ولأنّه رَقَبانيٌّ [٧] مثلُه يُعارِضُه فيمنعُه عن الإقامةِ - خُصوصًا [٣/ ١٤ب] عند خَوْفِ الهَلاكِ على

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب: تأخير الحد عن النفساء، برقم (١٧٠٥)، وأبو داود، كتاب الحدود، باب: في إقامة الحد على المريض، برقم (٤٤٧٣) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب: بيع العبد الزاني، برقم (٢١٥٤)، [وأطرافه: ٢١٥٢، ٢٢٣٤، ٢٥٥٦]، ومسلم، كتاب الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنى، برقم (١٧٠٤)، وأبو من حديث زيد بن خالد وأبي هريرة رضي الله عنهما.

(٣) في المخطوط: «حبل».

(٤) في المخطوط: «التعين».

(٥) في المخطوط: «هذه».

(٦) في المخطوط: «تثبت».

(٧) الرقباني: الغليظ الرقبة، والعرب تلقب العجم برقاب المزاود؛ لأنهم حمرٌ. انظر: اللسان (١/ ٤٢٨).

نفسِه - فلا يَقْدِرُ على الإقامةِ، وكذا المولى يَخافُ على نفسِه ومالِه من العبدِ الشّرّيرِ، ولو قَصَدَ إقامةَ الحدِّ عليه أنْ [١] يأخذَ بعضَ أموالِه ويَقْصِدَ إهلاكَه، ويَهْرُبَ منه فيَمْتَنِعُ عن الإقامةِ، ولو قَدرَ على الإقامةِ فقد يُقيمُ وقد لا يُقيمُ؛ لِما في الإقامةِ من نُقْصانِ قيمَتِه بسببِ عَيْبِ الزّنا والسّرقةِ، أو يَخافُ سِرايةَ الجلَداتِ إلى الهَلاكِ. والمرءُ مجبولٌ على حُبِّ المالِ.

ولو أقام - فقد يُقيمُ على الوجه وقد لا يُقيمُ على الوجه، بل من حيث الصّورة فلا يحصُلُ الزَّجْرُ، فثَبَتَ أنّ المولى لا يُساوي الإمامَ في تَحْصيلِ ما شُرِعَ له إقامةُ الحدِّ، فلا يُزاحمُه في الوِلايةِ بخلافِ التّعزيرِ من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ التّعزيرَ: هو التّعْييرُ والتّوْبيخُ وذلك غيرُ مُقَدَّرٍ، فقد [٢] يكونُ بالحبْسِ وقد يكونُ برَفْعِ الصّوْتِ وتَعْبيسِ الوجه، وقد يكونُ بضرْبِ أسواطٍ على حَسَبِ الجنايةِ وحالِ الجاني؛ (على ما) [٣] نذكرُه في موضِعِه، والمولى يُساوي الإمامَ في هذا؛ لأنّه من بابِ التّأديبِ فلَه قُدْرةُ التّأديبِ، والعبدُ يَنْقادُ لِمثلِه للمولى [٤] ولا يُعارِضُه، فالمولى أيضًا لا يَمْتَنِعُ عن هذا القدرِ من الإيلامِ؛ لأنّه لا يوجِبُ نُقْصانًا في ماليّةِ العبدِ ولا تَعْييبًا فيه، بخلافِ الحدِّ [٥].

والثّاني: أنّ في التّعزيرِ ضرورةً ليستْ في الحدِّ؛ لأنّ أسبابَ التّعزيرِ مِمّا يَكْثُرُ وُجودُها، فيحتاجُ المولى إلى أنْ يُعَزِّرَ مملوكَه في كُلِّ يومٍ وفي كُلِّ ساعةٍ، وفي الرَّفْعِ إلى الإمامِ في كُلِّ حينٍ وزَمانٍ حَرَجٌ عَظيمٌ على المَوالي؛ ففوِّضَتْ (إقامةُ الحدِّ) [٦] إلى المَوالي شرْعًا، أو صار المولى مَأذونًا في ذلك من جِهةِ الإمامِ دَلالةً، وصار نائبًا [٧] عن الإمامِ فيه، ولا حَرَجَ في الحدِّ؛ لأنّه لا يَكْثُرُ وُجودُه؛ لانعِدامِ كَثْرةِ أسبابِ وُجوبِه.

وأمّا الحديثانِ فيُحْتَمَلُ أنْ يكونَ خِطابًا لِقَوْمٍ معلومينَ، علِمَ رسول الله ﷺ منهم من طريقِ الوحْيِ أنّهم يُقيمونَ الحُدودَ من غيرِ تقصيرٍ مثلُ الأميرِ والسُّلْطانِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ ذلك خِطابًا للأئمّةِ في حَقِّ عَبيدِهم، والتّخْصيصُ لِلتّرْغيبِ في إقامةِ الحدِّ؛ لِما أنّ

---

(١) في المخطوط: «بأن».
(٢) في المخطوط: «قد».
(٣) في المطبوع: «لما».
(٤) في المخطوط: «المولى».
(٥) في المخطوط: «العبد».
(٦) في المخطوط: «إقامته».
(٧) في المخطوط: «ثابتًا».

الأئِمّةَ والسَّلاطينَ لا يُباشرونَ الإقامةَ بأنْفُسِهم عادةً بل يُفوِّضونَها إلى الحُكّام والمُحْتَسَبينَ، وقد يجيءُ منهم في ذلك تقصيرٌ، ويُحْتَمَلُ الإقامةُ بطريقِ التّسَبُّبِ [(١)] بالسَّعْيِ لِرَفْعِ ذلك إلى الإمامِ بطريقِ الحِسْبَةِ، وتخصيصُ المولى لِلتَّرْغيبِ لهم في الإقامةِ؛ لاحتمالِ المَيْلِ والتَّقْصيرِ في ذلك.

ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ المُرادُ من الحدِّ المذكورِ في الحديثِ التّعزيرَ؛ لِوُجودِ معنى الحدِّ فيه - وهو المنعُ - فلا يصحُّ الاحتجاجُ بهما مع الاحتمالِ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

وللإمامِ أنْ يَسْتخلِفَ على إقامةِ الحُدودِ؛ لأنّه لا (يَقْدِرُ على) [(٢)] استيفاءِ الجميعِ بنفسِه؛ لأنّ أسبابَ وُجوبِها توجَدُ في أقطارِ دارِ الإسلامِ، ولا يُمْكِنُه الذَّهابُ إليها، وفي الإحضارِ إلى مكانِ الإمامِ حَرَجٌ عَظيمٌ، فلو لم يجُز الاستخلافُ - لَتَعَطَّلَتِ الحُدودُ وهذا لا يجوزُ؛ ولهذا كان رسول الله ﷺ يجعلُ إلى الخُلَفاءِ تَنْفيذَ الأحكامِ وإقامةَ الحُدودِ، ثُمّ الاستخلافُ نوعانِ: تَنْصيصٌ، وتَوْليةٌ، أمّا التّنْصيصُ: فهو أنْ يَنُصَّ على إقامةِ الحُدودِ؛ فيجوزُ للخَليفةِ إقامتُها بلا شَكٍّ.

وأمّا التّوْليةُ فعلى ضربينِ: عامّةٌ، وخاصّةٌ فالعامّةُ: هي أنْ يوَلّيَ رجلاً وِلايةً عامّةً، مثلَ إمارةِ إقليمٍ أو بَلَدٍ عَظيمٍ فيَمْلِكُ المولى إقامةَ الحُدودِ وإنْ لم يَنُصَّ عليها؛ لأنّه لَمّا قَلَّدَه إمارةَ ذلكَ البلَدِ فقد فوّضَ إليه القيامَ بمَصالِحِ المسلمينَ - وإقامةُ الحُدودِ مُعْظَمُ مَصالِحِهم - فيَمْلِكُها.

والخاصّةُ: هي أنْ يوَلّيَ رجلاً وِلايةً خاصّةً، مثلَ جِبايةِ الخراجِ ونحوِ ذلك فلا يَمْلِكُ إقامةَ الحُدودِ؛ لأنّ هذه التّوْليةَ لم تَتَناوَلْ إقامةَ الحُدودِ.

ولو استُعْمِلَ أميرٌ على الجيْشِ الكَبيرِ فإنْ كان أميرَ مِصْرٍ أو [أمير] [(٣)] مَدينةٍ فغَزا بجُنْدِه - فإنّه يَمْلِكُ إقامةَ الحُدودِ في مُعَسْكَرِه؛ لأنّه كان يَمْلِكُ الإقامةَ في بَلَدِه، فإذا خرج بأهلِه أو ببعضِهم مَلَك عليهم ما كان يَمْلِكُ فيهم قبل الخُروجِ. وأمّا مَنْ أخْرَجَه أميرُ البلَدِ غازيًا فما كان يَمْلِكُ إقامةَ الحدِّ عليهم قبل الخُروجِ وبعدَ الخُروجِ، لم يُفَوِّضْ إليه الإقامةَ فلا يَمْلِكُ الإقامةَ، والإمامُ العدْلُ له أنْ يُقيمَ الحُدودَ ويُنْفِذَ القضاءَ في مُعَسْكَرِه، كما له أنْ

---

(١) في المخطوط: «التسبيب».
(٢) في المخطوط: «يملك».
(٣) زيادة من المخطوط.

يَفْعَلَ ذلك في المِصْرِ؛ لأنّ للإمام وِلايةً على جميعِ دارِ الإسلامِ ثابِتةً، وكذا إذا استُعْمِلَ قاضيًا له أنْ يَفْعَلَ ذلك في المُعَسْكَرِ؛ لأنّه نائبُ الإمامِ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

وَأمّا الذي يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ فمنها البِدايةُ من الشُّهودِ في حَدِّ الرَّجْمِ إذا ثَبَتَ بالشَّهادةِ، حتّى لو امتَنَعَ الشُّهودُ عن البِدايةِ أو ماتوا أو غابوا كُلُّهم أو بعضُهم - لا يُقامُ الرَّجْمُ على المشهودِ عليه، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، و[هو] [1] إحدى الرّوايتيْنِ عن أبي يوسفَ استحسانًا[٣/ ١٥أ] [2].

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ روايةٌ أُخرى أنّها ليستْ بشرطٍ ويُقامُ الرَّجْمُ على المشهودِ عليه وهو قولُ الشّافعيِّ - رحمه الله - وهو القياسُ [3].

وجه القياس أنّ الشُّهودَ فيما وراء الشَّهادةِ وسائرَ النّاس سواءٌ، ثُمّ لا تُشترَطُ البِدايةُ من أحدٍ منهم فكذا من الشُّهودِ؛ ولأنّ الرَّجْمَ أحدُ نوعَي الحدِّ فيُعْتَبَرُ بالنّوْعِ الآخرِ وهو الجلْدُ، والبِدايةُ من الشُّهودِ ليستْ بشرطٍ فيه كذا في الرَّجْمِ.

ولَنا ما رويَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: يَرْجُمُ الشُّهودُ أوّلاً، ثُمّ الإمامُ، ثُمّ النّاسُ [4] وكَلِمةُ «ثُمّ» لِلتَّرْتيبِ، وكان ذلك بمَحْضرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه أحدٌ؛ فيكونُ إجماعًا؛ ولأنّ في اعتِبارِ [هذا] [5] الشّرطِ احتياطًا في درْءِ الحدِّ؛ لأنّ الشُّهودَ إذا بَدءوا بالرَّجْمِ - رُبّما استَعْظَموا فعلَه فيحمِلُهم ذلك على الرُّجوعِ عن الشَّهادةِ فيَسْقُطُ الحدُّ عن المشهودِ عليه بخلافِ الجلْدِ؛ لأنّا [6] إنّما عَرَفْنا البِدايةَ شرطًا استحسانًا بالأثَرِ - فيَسْقُطُ الحدُّ عليه، والأثَرُ ورَدَ في الرَّجْمِ خاصّةً فيَبْقَى أمرُ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٦٣)، شرح فتح القدير (٥/ ٣٢٥)، الاختيار (٤/ ٨٤)، البناية (٦/ ٢٠٦)، الدر المختار (٤/ ١١)، ملتقى الأبحر (١/ ٣٣٠).

(٣) وفي بيان مذهب الشافعية: لا يجب حضور الشهود إذا ثبت بالبينة في حد الرجم، لكن يستحب حضورهم، وابتداؤهم بالرجم. انظر: مختصر المزني (ص ٢٦١)، حلية العلماء (٨/ ٢٠)، الوسيط (٦/ ٤٤٦)، الروضة (١٠/ ٩٩)، المنهاج (ص ١٣٢)، مغني المحتاج (٤/ ١٥٢).

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٢٤)، برقم (١٣٩)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٢٠)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٤٦)، برقم (١٧٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣٢٧)، برقم (١٣٣٥٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٤٤)، برقم (٢٨٨٢٠).

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) في المخطوط: «لأنه».

الجلْدِ على أصلِ القياس؛ ولأنّ الجلْدَ لا يُحْسِنُه [١] كُلُّ أحدٍ ففوِّضَ استيفاؤُه إلى الأئِمةِ - بخلافِ الرَّجْمِ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

ومنها: أهليّةُ أداءِ الشَّهادةِ لِلشُّهودِ عند الإقامةِ في الحُدودِ كُلِّها، حتّى لو بَطَلَتِ الأهليّةُ بالفِسْقِ أو الرِّدّةِ أو الجُنونِ أو العمَى أو الخرَسِ أو حَدِّ القَذْفِ، بأنْ فسَقَ الشُّهودُ أو ارتَدّوا أو جُنّوا أو عَموا أو خَرِسوا أو ضُرِبوا حَدَّ القَذْفِ كُلُّهم أو بعضُهم - لا يُقامُ الحدُّ على المشهودِ عليه؛ لأنّ اعتِراضَ أسبابِ الجرْحِ على الشَّهادةِ عند إمضاءِ الحدِّ بمنزلةِ اعتِراضِها عند القضاءِ به، واعتِراضُها عند القضاءِ يُبْطِلُ الشَّهادةَ فكذا عند الإمضاءِ لأن الإمضاء في بابِ الحُدودِ عن [٢] القضاءِ. وأمّا موتُ الشُّهودِ وغيبَتُهم عند الإقامةِ فلا يمنعانِ من الإقامةِ في سائرِ الحُدودِ إلاّ الرَّجْمُ، حتّى لو ماتوا كُلُّهم أو غابوا كُلُّهم أو بعضُهم - يُقامُ الحدُّ على المشهودِ عليه إلاّ الرَّجْمَ؛ لأنّهما ليسا من أسبابِ الجرْحِ؛ لأنّ أهليّةَ الشَّهادةِ لا تُبْطَلُ بالموتِ والغيْبةِ بل تَتَناهَى وتَتَقرَّرُ وتُخْتَمُ بها [٣] العدالةُ على وجهٍ لا يحتملُ الجرْحَ، وفي حَدِّ الرَّجْمِ إنّما يمنعانِ الإقامةَ لا لأنّهما (يُجرِّحانِ في) [٤] الشَّهادةِ؛ بل لأنّ البِدايةَ من الشُّهودِ شرطُ جوازِ الإقامةِ - ولم توجَدْ.

ورُوِيَ عن محمّدٍ في الشُّهودِ إذا كانوا مقطوعي الأيدي أو بهم مَرَضٌ لا يَسْتَطيعونَ الرَّمْيَ - أنّ الإمامَ يَرْمي، ثُمّ النّاسُ، وجعل قَطْعَ اليَدِ أو المَرَضَ عُذْرًا في فواتِ البِدايةِ، ولم يجعلِ الموتَ عُذْرًا فيه، وإنْ ثَبَتَ الرَّجْمُ بالإقرارِ يَبْدَأُ به الإمامُ، ثُمّ النّاسُ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

ومنها: أنْ لا يكونَ في إقامةِ الجلَداتِ خَوْفُ الهَلاكِ؛ لأنّ هذا الحدَّ شُرِعَ زاجِرًا لا مُهْلِكًا، فلا يجوزُ الإقامةُ في الحرِّ الشَّديدِ والبَرْدِ الشَّديدِ؛ لِما في الإقامةِ فيهما من خَوْفِ الهَلاكِ، ولا يُقامُ على مَريضٍ حتّى يَبْرأ؛ لأنّه يجتَمِعُ عليه وجَعُ المَرَضِ وألَمُ الضَّرْبِ؛ فيُخافُ الهَلاكُ، ولا يُقامُ على النُّفَساءِ حتّى يَنْقضيَ النِّفاسُ؛ لأنّ النِّفاسَ نوعُ مَرَضٍ ويُقامُ على الحائضِ؛ لأنّ الحيضَ ليس بمَرَضٍ، ولا يُقامُ على الحامِلِ حتّى تَضَعَ وتَطْهُرَ من النِّفاس؛ لأنّ فيه خَوْفَ هَلاكِ الولدِ والوالِدةِ، ويُقامُ الرَّجْمُ في هذا كُلِّه إلاّ على الحامِلِ؛

---

(١) في المخطوط: «يستحسنه».
(٢) في المخطوط: «من».
(٣) في المخطوط: «بهما».
(٤) في المخطوط: «يخرجان من».

لأنّ تَرْك الإقامةِ في هذه الأحوالِ للاحترازِ عن الهَلاكِ والرَّجْمُ حَدٌّ مُهْلِكٌ، فلا معنى للاحترازِ عن الهَلاكِ فيه إلاّ أنّه لا يُقامُ على الحامِلِ؛ لأنّ فيه إهلاك الولدِ بغيرِ حَقٍّ.

ولا يُجْمَعُ الضَّرْبُ في عُضْوٍ واحدٍ؛ لأنّه يُفْضي إلى تَلَفِ ذلك العُضْوِ، أو إلى تمزيقِ جِلْدِه، وكُلُّ ذلك لا يجوزُ، بل يُفَرَّقُ الضَّرْبُ على جميعِ الأعضاءِ من الكَتِفَيْنِ والذِّراعَيْنِ والعضُدَيْنِ والسّاقَيْنِ والقَدَمَيْنِ إلاّ الوجهَ والفرْجَ والرَّأسَ؛ لأنّ الضَّرْبَ على الفرْجِ مُهْلِكٌ عادةً، وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي الله عنه موقُوفًا عليه ومَرْفُوعًا إلى رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ: «اتَّقِ وجهَه ومَذاكِيرَه»[١] والضَّرْبُ على الوجه يوجِبُ المُثْلةَ وقد نَهَى رسولُ اللَّه ﷺ عن المُثْلةِ[٢]، والرَّأسُ مجمَعُ الحواسِّ وفيه العقلُ فيُخافُ من الضَّرْبِ عليه فواتُ العقلِ أو فواتُ بعضِ الحواسِّ. وفيه إهلاكُ الذّاتِ من وجهٍ.

وقال أبو يوسفَ - رحمه الله - أيضًا: لا يُضْرَبُ الصّدْرُ والبطْنُ، ويُضْرَبُ الرَّأسُ سَوْطًا أو سَوْطَيْنِ.

أمّا الصّدْرُ والبطْنُ؛ فلأنّ فيه خَوْفَ الهَلاكِ. وأمّا الرَّأسُ؛ فلِقولِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه: اضْرِبوا الرَّأسَ فإنّ فيه شيطانًا.

والجوابُ أنّ الحديثَ ورَدَ في قَتْلِ أهلِ الحربِ خُصوصًا قَوْمًا كانوا بالشّامِ يحلِقونَ أوساطَ رُءوسِهم، ثُمّ تفريقُ الضَّرْبِ على الأعضاءِ مذهَبُنا[٣].

وقال الشافعيُّ - رحمه الله: يُضْرَبُ كُلُّه على الظَّهْرِ، وهذا ليس بسَديدٍ؛ لأنّ المَأمورَ به هو الجلْدُ وأنّه مَأخوذٌ من [٣/ ١٥ب] ضرْبِ الجِلْدِ، والضَّرْبُ على عُضْوٍ واحدٍ مُمَزِّقٌ للجِلْدِ، وبعدَ تمزيقِ الجِلْدِ لا يُمْكِنُ الضَّرْبُ على الجِلْدِ بعدَ ذلك؛ ولأنّ في الجمْعِ على عُضْوٍ واحدٍ خَوْفَ الهَلاكِ، وهذا الحدُّ شُرِعَ زاجرًا لا مُهْلِكًا، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

وَأمّا كيْفيّةُ إقامةِ الحُدودِ فأمّا حَدُّ الرَّجْمِ فلا يَنْبَغي أنْ يُرْبَطَ المرجومُ بشيءٍ، ولا أنْ

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٣٢٧)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣٧٠)، برقم (١٣٥١٧).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب المغازي، باب: قصة عكل وعرينة، برقم (٤١٩٢)، والترمذي، برقم (١٤٠٨)، والنسائي، برقم (٤٠٤٧)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، وأخرجه أبو داود بسند صحيح، كتاب الجهاد، باب: في النهي عن المثلة، برقم (٢٦٦٧)، والترمذي، برقم (١٤٠٨)، من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٦٨٩٩).

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٣/ ٧٤١، ٧٤٢).

يُمْسَك، ولا أنْ يُحْفَرَ له إذا كان رجلاً بل يُقامُ قائمًا؛ لأنّ ماعِزًا لم يُرْبَطْ و(لم يُمْسَكْ) [١] ولا حُفِرَ له، ألا ترى [٢] أنّه رويَ أنّه هَرَبَ من أرضٍ قليلةِ الحِجارةِ إلى أرضٍ كثيرةِ الحِجارةِ ولو رُبِطَ أو مُسِك أو حُفِرَ له لَما قَدرَ على الهَرَبِ، وإنْ كان المرجومُ امرأةً فإنْ شاء الإمامُ حَفَرَ لها، وإنْ شاء لم يحفِرْ.

أمّا الحفْرُ؛ فلأنّه أستَرُ لها، وقد رويَ أن رسول الله ﷺ حَفَرَ للمرأةِ الغامِديّةِ إلى ثَنْدوَتِها [٣]، وأخذ حَصاةً مثلَ الحِمَّصةِ ورَماها بها. وحَفَرَ سَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنه لِشُراحة الهَمْذانيّةِ إلى سُرَّتِها [٤].

وأمّا تَرْكُ الحفرِ؛ فلأنّ الحفْرَ لِلسَّترِ وهي مستورةٌ بثيابِها؛ لأنّها لا تُجَرَّدُ عند إقامةِ الحدِّ ولا بَأسَ لِكُلِّ مَنْ رَمَى أنْ يتعَمَّدَ مقتَلَه؛ لأنّ الرَّجْمَ حَدٌّ مُهْلِكٌ فما كان أسرَعُ إلى الهَلاكِ كان أولى، إلاّ إذا كان الرّامي ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المرجومِ فلا يُسْتَحَبُّ له أنْ يتعَمّدَ مقتَلَه؛ لأنّه قَطْعُ الرَّحِمِ المحرم من غيرِ ضرورةٍ؛ لأنّ غيرَه يَكْفيه ويُغْنيه، وقد رويَ أنّ حَنْظَلةَ - غسيلَ المَلائكةِ - استأذَنَ رسولَ اللّه ﷺ في قَتْلِ أبيه أبي عامرٍ - وكان مُشْرِكًا - فنهاه ﷺ عن ذلك، وقال: «دعه يَكْفيك غيرُك» [٥].

وأما حدُّ الجلدِ: فأشَدُّ الحُدودِ ضربًا حَدُّ الزِّنا ثُمّ حَدُّ الشُّرْبِ ثُمّ حَدُّ القَذْفِ؛ لأنّ (جناية الزِّنا) [٦] أعظَمُ من جنايةِ الشُّربِ والقَذْفِ، أمّا من جنايةِ القَذْفِ فلا شَكَّ فيه؛ لأنّ القَذْفَ نِسبةٌ إلى الزِّنا فكانت دونَ حقيقةِ الزِّنا. وأمّا من جنايةِ الشُّرْبِ؛ فلأنّ قُبْحَ الزِّنا ثَبَتَ [شرْعًا و] [٧]عَقْلاً وحُرْمةُ نفسِ الشُّرْبِ ثَبَتَتْ [٨] شرْعًا لا عَقْلاً؛ ولهذا كان الزِّنا حَرامًا في الأدْيانِ كُلِّها بخلافِ الشُّرْبِ، وكذا الخمرُ يُباحُ عند ضرورةِ المَخْمَصةِ والإكْراه ولا يُباحُ الزِّنا عند الإكْراه وغَلَبةِ الشَّبَقِ، وكذا وُجوبُ الجلْدِ في الزِّنا ثَبَتَ بنَصِّ الكتابِ العزيزِ المَكْنونِ ولا نَصَّ في الشُّرْبِ وإنّما استخرَجَه الصّحابةُ الكِرامُ رضي الله عنهم بالاجتِهادِ

---

(١) في المخطوط: «لا مسك». (٢) في المطبوع: «يرى».
(٣) الثندوة: لحم الثدي، أو اللحم حول الثدي. انظر: اللسان (٣/ ١٠٦).
(٤) سبق ذكر قصة رجم شراحة.
(٥) أورده ابن حجر في الإصابة (٢/ ١٣٧)، برقم (١٨٦٥) من حديث عروة بن مسعود رضي الله عنه.
(٦) في المخطوط: «جنايته». (٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «تثبت».

والاستِدْلالِ بالقَذْفِ فقالوا: إذا سَكِرَ - هذَى، وإذا هذَى - افترَى، وحَدُّ المُفْتَري ثَمانونَ وقال سبحانه وتعالى - جَلَّ شَأنُه - في حَدِّ (١) الزِّنا: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٢] قيلَ في التّأويلِ: أي بتخفيفِ الجلَداتِ، وإنّما كان ضربُ القَذْفِ أخَفَّ الضَّرْبينِ؛ لِوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ وُجودَه ثَبَتَ بسببٍ مُتَرَدِّدٍ؛ لأنّ القاذِفَ يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ صادِقًا في قَذْفِه، ولا حَدَّ (٢) عليه [بينة] (٣).

والثاني: أنّه انضافَ إليه رَدُّ الشَّهادةِ على التّأبيدِ؛ فجَرَى فيه نوعُ تخفيفٍ ويُضْرَبُ قائمًا ولا يُمَدُّ على العِقابينِ ولا على الأرضِ، كما يُفْعَلُ في زَمانِنا؛ لأنّه بِدْعةٌ، بل يُضْرَبُ قائمًا ولا يُمَدُّ السَّوْطُ بعدَ الضَّرْبِ بل يُرْفَعُ؛ لأنّ المَدَّ بعدَ الضَّرْبِ بمنزلةِ ضرْبةٍ أُخرى؛ فيكونُ زيادةً على الحدِّ، ولا يَمُدُّ الجلاّدُ يَدَه إلى ما فوْقَ رأسِه؛ لأنّه يُخافُ فيه الهَلاكُ أو تمزيقُ الجِلْدِ، ولا يَضْرِبُ بسَوْطٍ له ثَمَرةٌ؛ لأنّ اتِّصالَ الثّمرةِ بمنزلةِ ضرْبةٍ أُخرى، فيَصيرُ كُلُّ ضرْبةٍ بضرْبَتَيْنِ (٤)؛ فيكونُ زيادةً على القدرِ المشروعِ، ويَنْبَغي أنْ يكونَ الجلاّدُ عاقِلاً بَصيرًا بأمرِ الضَّرْبِ، فيَضْرِبُ ضرْبةً بينَ ضرْبَتَيْنِ ليس بالمُبَرِّحِ ولا بالذي لا يوجدُ فيه مَسٌّ.

ويُجَرَّدُ الرّجلُ في حَدِّ الزِّنا ويُضْرَبُ على (٥) إزارٍ واحدٍ؛ لأنّه أشَدُّ الحُدودِ ضرْبًا، ومعنى الشِّدّةِ لا يحصُلُ إلاّ بالتّجْريدِ.

وفي حَدِّ الشُّرْبِ يُجَرَّدُ أيضًا في الرّوايةِ المشهورةِ، ورُوِيَ عن محمّدٍ - رحمه الله - أنّه لا يُجَرَّدُ.

وجه هذه الرّوايةِ أنّ ضرْبَ الشُّرْبِ أخَفُّ من ضرْبِ الزِّنا، فلا بُدَّ من إظهارِ آيةِ (٦) التّخْفيفِ وذلك بتَرْكِ التّجْريدِ.

وجه الرّوايةِ المشهورةِ أنّه قد جَرَى التّخْفيفُ فيه مَرّةً في الضَّرْبِ، فلو خَفَّفَ فيه ثانيًا بتَرْكِ التّجْريدِ، لا يحصُلُ المقصودُ من الحدِّ وهو الزَّجْرُ، ولا يُجَرَّدُ في حَدِّ القَذْفِ بلا

(١) في المخطوط: «باب».
(٢) في المخطوط: «يجد».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ضربتين».
(٥) في المخطوط: «في».
(٦) في المخطوط: «أثر».

خلافٍ؛ لأنّ وُجوبَه بسببٍ مُتَرَدِّدٍ مُحْتَمَلٌ فيُراعَى فيه التّخْفيفُ بتَرْكِ التّجْريدِ، كما روعيَ في أصلِ الضَّرْبِ، بخلافِ حَدِّ الشُّرْبِ؛ لأنّ وُجوبَه ثَبَتَ بسببٍ لا تَرَدُّدَ فيه.

وأمّا المرأةُ فلا يُنْزَعُ عنها ثيابُها إلاّ الحشْوُ والفرْوُ في الحُدودِ كُلِّها؛ لأنّها عَوْرةٌ وتُضْرَبُ قاعِدةً؛ لأنّ ذلك أسترُ لها، ويُفَرَّقُ الضَّرْبُ في الأعضاءِ كُلِّها؛ لِما ذَكَرْنا؛ لأنّ الجمْعَ في عُضْوٍ واحدٍ يَقَعُ إهلاكًا للعُضْوِ أو تمزيقًا أو تخريقًا للجِلْدِ، وكُلُّ ذلك ليس بمشروعٍ، فيُفَرَّقُ على الأعضاءِ كُلِّها إلاّ الوجهَ والمَذاكيرَ والرَّأسَ، وقد ذَكَرْنا ذلك فيما تَقَدَّمَ.

وَلا يُقامُ شيءٌ من ذلك [(١)] في المسجِدِ؛ لِما رُوِيَ عن ابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما عن رَسُولِ اللَّه ﷺ أنه قَالَ: «لَا تُقَامُ الحُدُودُ فِي المَسَاجِدِ» [(٢)] وهذا نَصٌّ [٣/ ١٦أ] في البابِ؛ ولأنّ تَعْظيمَ المسجِدِ واجبٌ، وفي إقامةِ الحُدودِ فيه تَرْكُ تَعْظيمِه، يُؤَيِّدُه أنّا نُهينا عن سَلِّ السُّيوفِ في المَساجِدِ، قَالَ ﷺ: «جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ عن صِبْيَانَكُمْ ومَجَانِينَكُمْ وبِيَاعَاتِكُمْ وأشْرِيَتِكُمْ وسَلَّ سُيوفِكُمْ تَعْظِيمًا للمسجِدِ» [(٣)] ومعلومٌ أنّ سَلَّ السَّيْفِ في تَرْكِ التّعظيمِ دونَ الجلْدِ والرَّجْمِ فلَمّا كُرِهَ ذلك؛ فلأَنْ يُكْرَهَ هذا أولى؛ ولأنّ إقامةَ الحُدودِ في المسجِدِ لا تخلو عن تَلْويثِه؛ فتجِبُ صيانةُ المسجِدِ عن ذلك، ويَنْبَغي أنْ تُقام الحُدودُ كُلُّها في [(٤)] مَلإٍ من النّاس؛ لِقولِه تَبارَك وتعالى - عَزَّ اسمُه -: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور :٢] والنّصُّ وإنْ ورَدَ في حَدِّ الزّنا، لكنّ النّصَّ الواردَ فيه يكونُ واردًا في سائرِ الحُدودِ دَلالةً؛ لأنّ المقصودَ من الحُدودِ كُلِّها واحدٌ وهو زَجْرُ العامّةِ، وذلك لا يحصُلُ إلاّ وأنْ تكونَ الإقامةُ على رأسِ العامّةِ؛ لأنّ الحُضورَ يَنْزَجِرونَ [بأنْفُسِهم بالمُعايَنةِ] [(٥)] والغُيَّبَ يَنْزَجِرونَ بإخْبارِ الحُضورِ فيحصُلُ الزَّجْرُ للكُلِّ، وكذا فيه منعُ الجلّادِ من المُجاوَزةِ عن

---

(١) في المخطوط: «الحدود».

(٢) حسن: أخرجه الترمذي، كتاب الديات، باب: ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا، برقم (١٤٠١)، وابن ماجه، برقم (٢٥٩٩)، من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٧٣٨١).

(٣) ضعيف: أخرجه ابن ماجه، كتاب المساجد والجماعات، باب: ما يكره في المساجد، برقم (٧٥٠)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٠٣)، والطبراني في الكبير (٨/ ١٣٢)، برقم (٧٦٠١) من حديث واثلة بن الأسقع رضي الله عنه، انظر ضعيف الجامع الصغير، رقم (٢٦٣٦).

(٤) في المخطوط: «على».

(٥) ليست في المخطوط.

الحدِّ الذي جُعِلَ له؛ لأنّه لو جاوَزَ لَمَنَعَه النّاسُ عن المُجاوَزةِ، وفيه أيضًا دَفْعُ التُّهْمةِ والمَيْلِ فلا يَتَّهِمُه النّاسُ أنْ [١] يُقيمَ الحدَّ عليه بلا جُرْمٍ سَبَقَ منه، واللّه - تعالى - المُوَفِّقُ.

فصل [فيما يسقط الحد بعد وجوبه]

وأمّا بيانُ ما يُسْقِطُ الحدَّ بعدَ وُجوبِه فالمُسْقِطُ له أنواعٌ:

منها الرُّجوعُ عن الإقرارِ بالزِّنا والسّرقةِ والشُّرْبِ والسُّكْرِ؛ لأنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ صادِقًا في الرُّجوعِ وهو الإنْكارُ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ كاذِبًا فيه، فإنْ كان صادِقًا في الإنْكارِ يكونُ كاذِبًا في الإقرارِ، وإنْ كان كاذِبًا في الإنْكارِ - يكونُ صادِقًا في الإقرارِ فيورِثُ شُبْهةً في ظُهورِ الحدِّ، والحُدودُ لا تُسْتَوْفَى مع الشُّبُهاتِ.

وَقد رُوِيَ أنّ مَاعِزًا لَمَّا أَقَرَّ بين يَدَيْ رَسُولِ اللَّه ﷺ بالزِّنَا؛ لَقَّنَه الرُّجُوعَ فقَالَ ﷺ: «لَعَلَّك قَبَّلْتَهَا، لَعَلَّك مَسَسْتَهَا» [٢]. وقَالَ ﷺ لِتلك المَرْأةِ: «أَسَرَقْتِ قُولي: لَا مَا إِخَالُكِ سَرَقْتِ» [٣] وكان ذلك منه ﷺ تَلْقينًا لِلرُّجوعِ فلم يكنْ مُحْتَمَلاً لِلسُّقوطِ بالرُّجوعِ - ما كان لِلتَّلْقينِ معنًى، وهذا هو السُّنّةُ للإمامِ إذا أَقَرَّ إنسانٌ عنده بشيءٍ من أسبابِ الحُدودِ الخالصةِ أنْ يُلَقِّنَه الرُّجوعَ دَرْءًا للحَدِّ، كما فعَلَ ﷺ في الزِّنا والسّرقةِ، وسواءٌ رجع قبل القضاءِ أو بعدَه قبل الإمضاءِ أو بعدَ إمضاءِ بعضِ الجلَداتِ أو بعضِ الرَّجْمِ وهو حَيٌّ بعدُ؛ لِما قُلْنا.

ثُمّ الرُّجوعُ عن الإقرارِ قد يكونُ نَصًّا، وقد يكونُ دَلالةً، بأنْ أخذ النّاسُ في رَجْمِه؛ فهَرَبَ ولم يرجعْ، أو أخذ الجلّادُ في الجلْدِ؛ فهَرَبَ ولم يرجعْ، حتّى لا يُتَّبَعَ ولا يُتَعَرَّضَ له؛ لأنّ الهَرَبَ في هذه الحالةِ دَلالةُ الرُّجوعِ.

وَرُوِيَ أنّه لَمَّا هَرَبَ مَاعِزٌ ذُكِرَ ذلك لِرَسُولِ اللَّه ﷺ فقَالَ: «هَلَّا خَلَّيْتُمْ سَبِيلَه» [٤] دَلَّ أنّ الهَرَبَ دليلُ الرُّجوعِ، وأنّ الرُّجوعَ مُسْقِطٌ للحَدِّ، وكَما يصحُّ الرُّجوعُ عن الإقرارِ بالزِّنا

---

(١) في المخطوط: «أنه».
(٢) أخرجه أحمد (٢١٣٠)، والحاكم في المستدرك، (٤/ ٤٠٢) برقم (٤٠٧٧).
(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٢٧٦)، وابن الجعد في مسنده (١/ ١٦٩)، برقم (١١٠٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥١٩)، برقم (٢٨٥٧٤) من حديث أبي الدرداء رضي الله عنه.
(٤) سبق تخريجه.

يصحُّ عن الإقرارِ بالإحصانِ، حتّى لو ثَبَتَ على الإقرارِ بالزِّنا، ورجع عن الإقرارِ بالإحصانِ - يَسْقُطُ عنه الرَّجْمُ ويُجْلَدُ؛ لأنّ الإحصانَ شرطُ صَيْرورةِ الزِّنا عِلّةً؛ لِوُجوبِ الرَّجْمِ فيصحُّ الرُّجوعُ عنه، كما يصحُّ عن الزِّنا؛ فيَبْطُلُ الإحصانُ ويَبْقَى الزِّنا، فيجبُ الجلْدُ.

وأمّا الرُّجوعُ عن الإقرارِ بالقَذْفِ فلا يُسْقِطُ الحدَّ؛ لأنّ هذا الحدَّ حَقُّ العبدِ من وجهٍ، وحَقُّ العبدِ بعدَما ثَبَتَ لا يحتملُ السُّقوطَ بالرُّجوعِ كالقِصاصِ وغيرِه، ومنها تصديقُ المقذوفِ القاذِفِ في القَذْفِ؛ لأنّه لَمّا صَدَّقَه فقد ظَهَرَ صِدْقُه في القَذْفِ، ومن المُحالِ أنْ يُحَدَّ الصّادِقُ على الصِّدْقِ؛ ولأنّ حَدَّ القَذْفِ إنّما وجَبَ؛ لِدَفْعِ عارِ الزِّنا وشينِه عن المقذوفِ، ولَمّا صَدَّقَه في القَذْفِ فقد التَزَمَ العارَ بنفسِه، فلا يَنْدَفِعُ عنه بالحدِّ فيَسْقُطُ ضرورةً.

ومنها: تكْذيبُ المقذوفِ المُقِرَّ في إقرارِه بالقَذْفِ بأنْ يقولَ له: إنّك لم تقذِفْني بالزِّنا؛ لأنّه لَمّا كذَّبَه في القَذْفِ فقد كذَّبَ نفسَه في الدَّعْوَى، والدَّعْوَى شرطُ ظُهورِ هذا الحدِّ.

ومنها: تكْذيبُ المقذوفِ حُجَّتَه على القَذْفِ - وهي البيِّنةُ - بأنْ يقولَ بعدَ القضاءِ بالحدِّ قبل الإمضاءِ: شُهودي شَهِدوا بزورٍ؛ لأنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ صادِقًا في التّكْذيبِ فثَبَتَ[1] الشُّبْهةُ، ولا يجوزُ استيفاءُ الحدِّ مع الشُّبْهةِ.

ومنها: تكْذيبُ المَزْنيِّ بها المُقِرَّ بالزِّنا قبل إقامةِ الحدِّ عليه بأنْ قال رجلٌ: زَنَيْتُ بفُلانة فكذَّبَتْه وأنْكَرَتِ الزِّنا، وقالتْ: لا أعرِفُك - ويَسْقُطُ الحدُّ عن الرّجلِ، وهذا قولُهما[2].

وقال محمّد: لا يَسْقُطُ، كذا ذكر الكَرْخيُّ - رحمه الله - الاختلافَ، وذكر القاضي في شرْحِه قولَ أبي يوسفَ مع قولِ محمّدٍ.

وجه قولِه[3] أنّ زِنا الرّجلِ قد ظَهَرَ بإقرارِه، وامتناعُ الظُّهورِ في جانِبِ المرأةِ لِمعنًى يَخُصُّها وهو إنْكارُها؛ فلا يمنعُ الظُّهورَ في جانِبِ الرّجلِ، ولهما أنّ الزِّنا لا يقومُ إلاّ بالفاعِلِ والمَحِلِّ، فإذا لم يَظْهَرْ في جانِبِها - امتَنَعَ الظُّهورُ في جانِبِه، هذا إذا أنْكَرَتْ [٣/١٦ب] ولم تَدَّعي على الرّجلِ حَدَّ القَذْفِ، فإنِ ادَّعَتْ على الرّجلِ حَدَّ القَذْفِ - يُحَدُّ حَدَّ

(١) في المخطوط: «فتثبت».

(٢) في المخطوط: «قول أبى حنيفة وأبي يوسف».

(٣) في المخطوط: «قول محمد».

القَذْفِ ويَسْقُطُ حَدُّ الزِّنا؛ لأنّه لا يجبُ عليه حَدّانِ، هذا إذا كذَّبَتْه ولم تَدَّع النِّكاحَ.

فأمّا إذا ادَّعَتِ النِّكاحَ والمَهْرَ قبل إقامةِ الحدِّ عليه - يَسْقُطُ الحدُّ عن الرّجلِ بالإجماعِ؛ لأنّه لم يجبْ عليها لِلشُّبْهةِ؛ لاحتمالِ أنْ تكونَ صادِقةً في دعوى النِّكاح فتَمَكَّنَتِ الشُّبْهَةُ في وُجوبِ الحدِّ عليها، وإذا لم يجبْ عليها [الحدُّ] [١] - تَعَدَّى إلى جانِبِ الرّجلِ فسَقَطَ عنه وعليه المَهْرُ؛ لأنّ الوطءَ لا يخلو عن عُقوبةٍ أو غَرامةٍ، وإنْ كان دعوى النِّكاح منها بعدَ إقامةِ الحدِّ على الرّجلِ - لا مَهْرَ لها عليه؛ لأنّ الوُجوبَ في الفصلِ الأوّلِ لِضرورةِ إقامةِ الحدِّ ولم توجَدْ.

وعلى هذا إذا أقَرَّتِ المرأةُ بالزِّنا مع فُلانٍ، فأنْكَرَ الرّجلُ وكذَّبَها أو ادَّعَى النِّكاحَ على الاتِّفاقِ والاختلافِ، ولو أقَرَّ الرّجلُ بالزِّنا بفُلانةَ فادَّعَتِ المرأةُ الاستِكْراهَ - يُحَدُّ الرّجلُ بالاتِّفاقِ، فَرْقٌ بينَ هذا وبينَ الأوّلِ.

ووجه الفرْقِ أنّ المرأةَ في الفصلِ الأوّلِ أنْكَرَتْ وُجودَ الزِّنا فلم يَثْبُتِ الزِّنا من جانِبِها؛ فتَعَدَّى إلى جانِبِ [٢] الآخرِ، وههنا أقَرَّتْ بالزِّنا لكنّها ادَّعَتِ الشُّبْهةَ لِمعنًى يَخُصُّها - وهو كونُها مُكْرَهةً - فلا يتعَدَّى إلى جانِبِ الرّجلِ، والدَّليلُ على التَّفْرِقةِ بينَهما أنّا لو تَيَقَّنّا بالإكْراه - يُقامُ الحدُّ على الرّجلِ بالإجماعِ، ولو تَيَقَّنّا بالنِّكاح في الفصلِ الأوّلِ - لا يُقامُ الحدُّ على الرّجلِ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

ومنها رُجوعُ الشُّهودِ بعدَ القضاءِ قبل الإمضاءِ؛ لأنّ رُجوعَهم يحتملُ الصِّدْقَ والكذِبَ فيورِثُ شُبْهةً، والحُدودُ لا تُسْتَوْفَى مع الشُّبُهاتِ، وقد ذَكَرْنا الأحكامَ المُتَعَلِّقةَ برُجوعِ الشُّهودِ في بابِ الحُدودِ كُلِّهم أو بعضِهم قبل القضاءِ أو بعدَه، قبل الإمضاءِ أو بعدَ الإمضاءِ، بما فيه من الاتِّفاقِ والاختلافِ في كتابِ الرُّجوعِ عن الشَّهاداتِ.

ومنها بُطْلانُ أهليّةِ شهادَتِهم بعدَ القضاءِ قبل الإمضاءِ بالفِسْقِ والرِّدّةِ والجُنونِ والعمَى والخرَسِ وحَدِّ القَذْفِ؛ لِما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ.

ومنها موتُهم في حَدِّ الرَّجْمِ خاصّةً في ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ البِدايةَ بالشُّهودِ شرطُ جوازِ الإقامةِ، وقد فاتَ بالموتِ على وجهٍ لا يُتَصَوَّرُ عَوْدُه فسَقَطَ الحدُّ ضرورةً.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الجانب».

وأمّا اعتِراضُ مِلْكِ النّكاح أو مِلْكِ اليَمينِ فهل يُسْقِطُ الحدَّ بأنْ زَنَى بامرأةٍ، ثُمّ تزوّجَها أو بجاريةٍ، ثُمّ اشتراها؟ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه فيه ثلاثُ رواياتٍ، رَوَى محمّدٌ - رحمه الله - عنه أنّه لا يَسْقُطُ، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمّدٍ، ورَوَى أبو يوسفَ عنه أنّه يَسْقُطُ، ورَوَى الحسنُ عنه أنّ اعتِراضَ الشّراءِ يَسْقُطُ، واعتِراضَ النّكاح لا يَسْقُطُ.

وجه روايةِ الحسنِ أنّ البضْعَ لا يَصيرُ مملوكًا لِلزَّوْجِ بالنّكاح، بدليلِ أنّها إذا وُطِئَتْ بشُبْهةٍ - كان العُقْرُ لها، والعُقْرُ بَدَلُ البضْعِ، والبدَلُ إنّما يكونُ لِمَنْ كان له المُبْدَلُ، فلم يحصُلِ استيفاءُ مَنافعِ البضْعِ من مَحِلٍّ مملوكٍ له، فلا يورِثُ شُبْهةً، وبُضْعُ الأمةِ يَصيرُ مملوكًا للمولى بالشّراءِ، ألا تَرَى أنّها لو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ كان العُقْرُ للمولى فحَصَلَ الاستيفاءُ من مَحِلٍّ مملوكٍ له؛ فيورِثُ [1] شُبْهةً فصار كالسّارِقِ إذا مَلَكَ المسروقَ بعدَ القضاءِ قبل الإمضاءِ.

وجه روايةِ أبي يوسفَ أنّ المرأةَ تَصيرُ مملوكةً لِلزَّوْجِ بالنِّكاح في حَقِّ الاستِمْتاعِ فحَصَلَ الاستيفاءُ من مَحِلٍّ مملوكٍ [له] [2]؛ فيَصيرُ شُبْهةً كالسّارِقِ إذا مَلَكَ المسروقَ.

وجه روايةِ محمّدٍ - رحمه الله - أنّ الوطءَ حَصَلَ زِنًا مَحْضًا؛ لِمُصادفَتِه مَحِلًّا غيرَ مملوكٍ له فحَصَلَ موجِبًا للحَدِّ والعارِضِ - وهو المِلْكُ - لا يَصْلُحُ مُسْقِطًا؛ لاقْتِصارِه على حالةِ [3] ثُبوتِه؛ لأنّه يَثْبُتُ بالنّكاح والشّراءِ، وكُلُّ واحدٍ منهما وُجِدَ للحالِ فلا يَسْتَنِدُ المِلْكُ الثّابِتُ به إلى وقتِ وُجودِ الوطءِ، فبَقِيَ الوطءُ خاليًا عن المِلْكِ، فبَقِيَ زِنًا مَحْضًا موجِبًا للحَدِّ، بخلافِ السّارِقِ إذا مَلَكَ المسروقَ؛ لأنّ هناك وُجِدَ المُسْقِطُ وهو بُطْلانُ وِلايةِ الخُصومةِ؛ لأنّ الخُصومةَ هناك شرطٌ، وقد خرج المسروقُ منه من أنْ يكونَ خَصْمًا بمِلْكِ المسروقِ، ولِذلك افترَقا، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

ولو غَصَبَ جاريةً فزَنَى بها فماتتْ؛ رَوَى أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهما أنّ عليه الحدَّ وقيمةَ الجاريةِ، ورَوَى الحسنُ عنهما [4] أنّ عليه القيمةَ ولا حَدَّ عليه، وذكر الكَرْخيُّ أنّ هذا أَصَحُّ الرّوايتيْنِ.

وجه روايةِ أبي يوسفَ أنّ الضّمانَ لا يجبُ إلاّ بعدَ هَلاكِ الجاريةِ، وهي بعدَ الهَلاكِ لا تحتمِلُ المِلْكَ فلا يَمْلِكُها الغاصِبُ بالضّمانِ فلا يَمْتَنِعُ وُجوبُ الحدِّ. وجه روايةِ الحسنِ

---

(١) في المخطوط: «فيصير».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «حال».
(٤) في المخطوط: «عن أبي حنيفة وأبي يوسف».

أنّ الضّمانَ لا يجبُ بعدَ الهلاكِ وإنّما يجبُ في آخِرِ جُزْءٍ من أجزاءِ الحياةِ [(١)]، وهي مُحْتَمَلةٌ للمِلْكِ في ذلك الوقتِ فيَسْتَنِدُ إلى وقتِ وُجودِ السَّبَبِ؛ ولأنّ حياةَ المَحِلِّ تُشترَطُ لِثُبوتِ المِلْكِ فيه مقصودًا بمُبادَلةٍ مقصودةٍ، والمِلْكُ ههنا يُثْبِتُ ضرورةَ استِحالةِ اجتِماعِ البدَلِ والمُبْدَلِ في مِلْكِ رجلٍ واحدٍ في عقدِ المُبادَلةِ، فلا يُشترَطُ له حياةُ المَحِلِّ فيَثْبُتُ المِلْكُ في المَيِّتِ [٣/ ١٧أ]، وأنّه يمنعُ وُجوبَ الحدِّ.

ولو غَصَبَ حُرّةً فزَنَى بها فماتتْ - فعليه الحدُّ والدّيةُ؛ لأنّ مِلْكَ الضّمانِ في الحُرّةِ لا يوجِبُ مِلْكَ المضمونِ؛ لأنّ المَحِلَّ لا يحتملُ التّمَلُّك فلا يَمْتَنِعُ وُجوبُ الحدِّ، بخلافِ الأمةِ، واللَّه - عزّ وجلّ - أعلمُ.

فصل [في حكم الحدود إذا اجتمعت]

وأمّا حُكْمُ الحُدودِ إذا اجتَمعتْ، فالأصلُ في أسبابِ الحُدودِ إذا اجتمعتْ أنْ يُقدَّمَ حَقُّ العبدِ في الاستيفاءِ على حَقِّ اللَّه - عزّ وجلّ؛ لِحاجةِ العبدِ إلى الانتِفاعِ بحَقِّه، وتعالى اللَّه - تعالى - عن الحاجاتِ.

ثُمّ يُنْظَرُ إنْ لم يُمْكِنِ استيفاءُ حُقوقِ اللَّه - تعالى - تسقُطُ ضرورةً، وإنْ أمكَنَ استيفاؤُها فإنْ كان في إقامةِ شيءٍ منها إسقاطُ البواقي - يُقامُ ذلك درْءًا للبواقي لِقولِه ﷺ: «ادْرَءُوا الحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» [(٢)] وإنْ لم يكنْ في إقامةِ شيءٍ منها إسقاطُ البواقي - يُقامُ الكُلُّ جمْعًا بينَ الحقَّيْنِ في الاستيفاءِ، وإذا ثَبَتَ هذا - فنقولُ: إذا اجتَمع القَذْفُ والشُّرْبُ والسُّكْرُ والزِّنا من غيرِ إحصانٍ - والسّرقةُ - بأنْ قَذَفَ إنسانًا بالزِّنا، وشرِبَ الخمرَ وسَكِرَ من غيرِ الخمرِ من الأشرِبةِ المعهودةِ، وزَنَى وهو غيرُ مُحْصَنٍ، وسَرَقَ مالَ إنسانٍ، ثُمّ أُتيَ به إلى الإمامِ؛ بَدَأ الإمامُ بحَدِّ القَذْفِ فيَضْرِبُه [(٣)]؛ لأنّه حَقُّ اللَّه - عَزّ شأنُه - من وجهٍ، وما سِواه حُقوقُ العِبادِ على الخُلوصِ فيُقَدَّمُ استيفاؤُه، ثُمّ يَسْتَوْفي حُقوقَ اللَّه - تعالى؛ لأنّه يُمْكِنُ استيفاؤُها. وليس في إقامةِ شيءٍ منها إسقاطُ البواقي فلا يَسْقُطُ، ثُمّ إذا ضُرِبَ حَدَّ القَذْفِ - يُحْبَسُ حتّى يَبْرأ من الضَّرْبِ، ثُمّ الإمامُ بالخيارِ في البِدايةِ إنْ شاء بَدَأ بحَدِّ الزِّنا، وإنْ شاء بحَدِّ السّرقةِ، ويُؤَخِّرُ حَدَّ الشُّرْبِ عنهما؛ لأنّهما ثَبَتا بنَصِّ الكتابِ العزيزِ،

---

(١) في المخطوط: «حياته».

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في المخطوط: «فضربه».

وحَدُّ الشُّرْبِ لم يَثْبُتْ بنَصِّ الكتابِ الكَريم، إنّما ثَبَتَ بإجماعٍ مَبنيٍّ على الاجتِهادِ أو على خَبَرِ الواحدِ، ولا شَكَّ أنّ الثّابِتَ بنَصِّ الكتابِ آكَدُ ثُبوتًا، ولا يجمَعُ ذلك كُلَّه في وقتٍ واحدٍ، بل يُقامُ كُلُّ واحدٍ منهما بعدَما بَرأ من الأوّلِ؛ لأنّ الجمْعَ بينَ الكُلِّ في وقتٍ واحدٍ يُفْضي إلى الهَلاكِ.

ولو كان من جُمْلةِ (هذه الحُدودِ) [1] حَدُّ الرَّجْمِ، بأنْ زَنَى وهو مُحْصَنٌ - يُبْدَأُ بحَدِّ القَذْفِ، ويضمنُ السّرقةَ، ويُرْجَمُ، ويُدْرأُ عنه ما سِوَى ذلك؛ لأنّ حَدَّ القَذْفِ حَقُّ العبدِ فيُقَدَّمُ في الاستيفاءِ، وفي إقامةِ حَدِّ الرَّجْمِ إسقاطُ البواقي فيُقامُ درْءًا للبَواقي؛ لأنّ الحُدودَ واجبةُ الدَّرْءِ ما أمكَنَ؛ فيُدْرأُ، إلاّ أنّه يضمَنُ السّرقةَ؛ لأنّ المالَ لا يحتملُ الدَّرْءَ.

وكذا لو كان مع هذه الحُدودِ قِصاصٌ في النّفسِ - يُبْدَأُ بحَدِّ القَذْفِ ويضمنُ السّرقةَ ويُقْتَلُ قِصاصًا، ويُدْرأُ ما سِوَى ذلك وإنّما بُدِئَ بحَدِّ القَذْفِ دونَ القِصاصِ الذي هو خالصُ حَقِّ العبدِ؛ لأنّ في البِدايةِ بالقِصاصِ إسقاطَ حَدِّ القَذْفِ ولا سَبيلَ إليه؛ لِذلك يُبْدَأُ بحَدِّ القَذْفِ ويُقْتَلُ قِصاصًا ويَبْطُلُ ما سِوَى ذلك؛ لِتَعَذُّرِ الاستيفاءِ بعدَ القَتْلِ، إلاّ أنّه يضمنُ السّرقةَ؛ لِما قُلْنا.

ولو كان مع القِصاصِ في النّفسِ قِصاصٌ فيما دونَ النّفسِ - يُحَدُّ حَدَّ القَذْفِ، ويُقْتَصُّ فيما [2] دونَ النّفسِ، ويُقْتَصُّ في النّفسِ، ويُلْغَى ما سِوَى ذلك، ولو لم يكنْ في الحُدودِ حَدُّ القَذْفِ ويُقْتَصُّ فيما دونَ النّفسِ، ثُمّ يُقْتَصُّ في النّفسِ، ويُلْغَى ما سِوَى ذلك، ولو اجتَمعتِ الحُدودُ الخالصةُ والقَتْلُ يُقْتَصُّ ويُلْغَى ما سِوَى ذلك؛ لأنّ تقديمَ [3] القِصاصِ على الحُدودِ في الاستيفاءِ واجبٌ، ومتى قُدِّمَ استيفاؤه تَعَذَّرَ [4] استيفاءُ الحُدودِ؛ فتسقُطُ ضرورةً، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في حكم المحدود]

وأمّا حُكْمُ المَحْدودِ فالحدُّ إنْ كان رَجْمًا فإذا قُتِلَ - يُدْفَعُ إلى أهلِه فيَصْنَعونَ به ما يُصْنَعُ بسائرِ الموتَى، فيُغَسِّلونَه ويُكَفِّنونَه ويُصَلّونَ عليه ويَدْفِنونَه، بهذا أمَرَ رسولُ اللَّه ﷺ لَمّا

---

(١) في المخطوط: «هذا الحد».

(٢) في المخطوط: «ما».

(٣) في المخطوط: «تقدم».

(٤) في المخطوط: «بعد».

رَجَمَ ماعِزًا فقَالَ ﷺ: «اصْنَعُوا به مَا تَصْنَعُونَ بموتَاكُمْ» (١).

وإنْ كان جَلْدًا فحُكْمُ المَحْدودِ وغيرِه سواءٌ في سائرِ الأحكامِ من الشَّهادةِ وغيرِها، إلاّ المَحْدودَ في القَذْفِ خاصّةً في أداءِ الشَّهادةِ، فإنّه تَبْطُلُ شهادَتُه (٢) على التّأبيدِ، حتّى لا تُقْبَلَ، وإنْ تابَ إلاّ في الدّياناتِ عندنا، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - تُقْبَلُ شهادَتُه بعدَ التّوْبةِ - وقد ذَكَرْنا المسألةَ وفروعَها في كتابِ الشّهاداتِ - واللّه الموَفِّقُ.

فصل [في التعزير]

وأمّا التّعزيرُ فالكَلامُ فيه في مَواضِعَ:

في بيانِ سببِ وُجوبِ التّعزيرِ.

وفي بيانِ شرطِ وُجوبِه.

وفي بيانِ قدرِه.

وفي بيانِ وصْفِه.

وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به.

أمّا سببُ وُجوبِه فارتِكابُ جنايةٍ ليس لها حَدٌّ مُقَدَّرٌ في الشّرعِ، سواءٌ كانت الجنايةُ على حَقِّ اللّه - تعالى - كتَرْكِ (٣) الصّلاةِ والصّوْمِ ونحوِ ذلك، أو على حَقِّ العبدِ بأنْ آذى مسلمًا بغيرِ حَقٍّ بفعلٍ أو بقولٍ يحتملُ الصِّدْقَ والكذِبَ بأنْ قال له: يا خَبيثُ، يا فاسقُ، يا سارِقُ، يا فاجرُ، يا كافِرُ، يا آكِلَ الرّبا، يا شارِبَ الخمرِ، ونحوُ ذلك، فإنْ قال له: يا كلْبُ، يا خِنْزيرُ، يا حِمارُ يا ثورُ، ونحوُ ذلك - لا يجبُ عليه التّعزيرُ؛ لأنّ في النّوْعِ الأوّلِ إنّما وجَبَ التّعزيرُ؛ لأنّه ألحَقَ العارَ بالمقذوفِ، إذِ النّاسُ بينَ مُصَدِّقٍ ومُكذِّبٍ فعُزِّرَ؛ [٣/ ١٧ب] دَفعًا للعارِ عنه، والقاذِفُ في النّوْعِ الثّاني ألحَقَ العارَ بنفسِه بقَذْفِه غيرَه بما لا يُتَصَوّرُ؛ فيرجعُ عارُ الكذِبِ إليه لا إلى المقذوفِ.

* * *

(١) سبق ذكر حديث رجم ماعز.

(٢) في المخطوط: «الشهادة».

(٣) في المخطوط: «بترك».

فصل [في شرط وجوب التعزير]

وأمّا شرطُ وُجوبِه فالعقلُ فقَطْ؛ فيُعَزَّرُ كُلُّ عاقِلٍ ارتَكَبَ جنايةً ليس لها حَدٌّ مُقَدَّرٌ، سواءٌ كان حُرًّا أو عبدًا، ذَكَرًا أو أُنثى، مسلمًا أو كافِرًا، بالِغًا أو صَبِيًّا، بعدَ أنْ يكونَ عاقِلًا؛ لأنّ هَؤُلاءِ من أهلِ العُقوبةِ، إلاّ الصّبيَّ العاقِلَ فإنّه يُعَزَّرُ تأديبًا لا عُقوبةً؛ لأنّه من أهلِ التّأديبِ.

ألا تَرَى إلى ما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنّه قَالَ: «**مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بالصّلاةِ؛ إذَا بَلَغُوا سَبْعًا واضرِبُوهم عليهَا؛ إذَا بَلَغُوا عَشرًا**» (١) وذلك بطريقِ التّأديبِ والتّهْذيبِ لا بطريقِ العُقوبةِ؛ لأنّها تستَدْعي الجنايةَ، وفعلُ الصّبيِّ لا يوصَفُ بكونِه جنايةً، بخلافِ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛ لأنّهما ليسا من أهلِ العُقوبةِ ولا من أهلِ التّأديبِ.

فصل [في قدر التعزير]

وأمّا قدرُ التّعزيرِ فإنّه إنْ وجَبَ بجنايةٍ ليس من جنسِها ما يوجِبُ الحدَّ، كما إذا قال لِغيرِه: يا فاسقُ، يا خَبيثُ، يا سارِقُ، ونحوُ ذلك - فالإمامُ فيه بالخيارِ إنْ شاء عَزَّرَه بالضَّرْبِ، وإنْ شاء بالحبْسِ، وإنْ شاء بالكَهْرِ (٢) والاستخفافِ بالكَلامِ، وعلى هذا يُحْمَلُ قولُ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه لِعُبادةَ بنِ الصّامِتِ: يا أحمَقُ (٣) أنّ ذلك كان على سَبيلِ التّعزيرِ منه إيّاه، لا على سَبيلِ الشَّتْمِ، إذْ لا يُظَنُّ ذلك من مثلِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه بأحدٍ فضْلًا عن (٤) الصّحابيِّ.

ومن مَشايِخِنا مَنْ رَتَّبَ التّعزيرَ على مَراتِبِ النّاس، فقال: التّعازيرُ (٥) على أربعةِ مَراتِبَ: تَعْزيرُ الأشرافِ، وهم الدَّهّاقونَ (٦) والقوّادُ، وتَعْزيرُ أشرافِ الأشرافِ وهم

---

(١) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، برقم (٤٩٥)، وأحمد، برقم (٦٧١٧)، والبيهقي في الكبرى (٢/ ٢٢٩)، برقم (٣٠٥١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١/ ٣٠٤)، برقم (٣٤٨٢) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٥٨٦٨).

(٢) الكهر: عبوس الوجه، والشتم، والانتهار، انظر: اللسان (٥/ ١٥٤).

(٣) لم أقف عليه.

(٤) في المخطوط: «من».

(٥) في المخطوط: «التعزير».

(٦) الدهقان: التاجر، أو رئيس القرية، ومن له مال وعقار. انظر: اللسان (١٠/ ١٠٧)، المصباح المنير (١/ ٢٠١).

العلَويّةُ والفُقَهاءُ، وتَعْزيرُ الأوساطِ: وهم السّوقةُ، وتَعْزيرُ الأخِسّاءِ: وهم السِّفْلةُ.

فتَعْزيرُ أشرافِ الأشرافِ بالإعلامِ [١] المُجَرَّدِ، وهو أنْ يَبْعَثَ القاضي أمينَه إليه فيقولُ له: بَلَغَني أنّك تفعَلُ كذا وكذا، وتَعْزيرُ الأشرافِ بالإعلامِ والجرِّ إلى بابِ القاضي والخِطابِ بالمواجَهةِ، وتَعْزيرُ الأوساطِ بالإعلامِ [٢] والجرِّ والحبْسِ، وتَعْزيرُ السَّفَلةِ بالإعلامِ [٣] والجرِّ والضَّرْبِ والحبْسِ؛ لأنّ المقصودَ من التّعزيرِ هو الزَّجْرُ، وأحوالُ النّاس في الانزجارِ على هذه المَراتِبِ، وإنْ وجَبَ بجنايةٍ في جنسِها الحدُّ لكنّه لم يجبْ؛ لِفَقْدِ شرطِه كما إذا قال لِصَبيٍّ أو مجنونٍ: يا زاني، أو لِذِمّيّةٍ أو أُمِّ ولَدٍ: يا زانيةُ، فالتّعزيرُ فيه بالضَّرْبِ ويَبْلُغُ أقصَى غاياتِه، وذلك تِسْعةٌ وثلاثونَ في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله.

وعند أبي يوسفَ خمسةٌ وسَبْعونَ.

وفي روايةِ النّوادِرِ عنه تِسْعةٌ وسَبْعونَ، وقولُ محمّدٍ عليه الرَّحْمةُ مُضْطَرِبٌ ذكره الفقيه أبو اللَّيْثِ - رحمه الله.

والحاصِلُ أنّه لا خلافَ بينَ أصحابِنا رضي الله عنهم في أنّه لا يَبْلُغُ التّعزيرُ [٤] الحدَّ؛ لِما رُوِيَ عنه ﷺ أنّه قالَ: «مَن بَلَغَ حَدًّا في غيرِ حَدٍّ فهُوَ من المُعْتَدِينَ» [٥] [٦] إلاّ أنّ أبا يوسفَ رحمه الله صَرَفَ الحدَّ المذكورَ في الحديثِ على الأحرارِ. وزَعَمَ أنّه الحدُّ الكامِلُ لا حَدَّ المَماليكِ؛ لأنّ ذلك بعضُ الحدِّ وليس بحَدٍّ كامِلٍ، ومُطْلَقُ الاسم يَنْصَرِفُ إلى الكامِلِ في كُلِّ بابٍ؛ ولأنّ الأحرارَ هم المقصودونَ في الخِطابِ، وغيرُهم مُلْحَقٌ بهم فيه.

ثُمّ قال في روايةٍ يُنْقَصُ منها سَوْطٌ، وهو [٧] الأقيَسُ؛ لأنّ تَرْكَ التّبْليغِ يحصُلُ به، وفي روايةٍ قال: يُنْتَقَصُ [٨] منها خمسةٌ.

---

(١) في المخطوط: «الإعلام».
(٢) في المخطوط: «الإعلام».
(٣) في المخطوط: «الإعلام».
(٤) في المخطوط: «بالتعزيز».
(٥) رواه البيهقي في الكبرى، (٨، ٣٢٧) وقال: والمحفوظ مرسل من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.
(٦) ضعيف: أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٣٢٧)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٥٤) من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه، انظر السلسلة الضعيفة، رقم (٤٥٦٨).
(٧) في المخطوط: «هي».
(٨) في المخطوط: «ينقص».

ورويَ ذلك أثَرًا عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: يُعَزَّرُ خمسةً وسَبْعينَ [١] [قال أبو يوسفَ - رحمه الله - فقَلَّدْتُه في نُقْصانِ الخمسةِ واعتُبِرَتْ عنه أدْنَى الحُدودِ. ورُوِيَ عنه أنّه قال: أخَذْتُ كُلَّ نوعٍ من بابِه، وأخَذْتُ التّعزيرَ في اللَّمْسِ والقُبْلةِ من حَدِّ الزِّنا، والقَذْفَ بغيرِ الزِّنا من حَدِّ القَذْفِ؛ ليكونَ إلْحاقَ كُلِّ نوعٍ ببابِه] [٢]، وأبو حنيفةَ صَرَفَه إلى حَدِّ المَماليكِ وهو أربعونَ؛ لأنّه ذكر حَدًّا مُنَكَّرًا فيتناوَلُ حَدًّا ما، وأربعونَ حَدٌّ كامِلٌ في المَماليكِ فيَنْصَرِفُ إليه؛ ولأنّ في الحمْلِ على هذا الحدِّ أخْذًا بالثِّقةِ والاحتياطِ؛ لأنّ اسمَ الحدِّ يَقَعُ على النّوْعَيْنِ، فلو حَمَلْناه على ما قاله أبو حنيفةَ يَقَعُ الأمنُ عن وعيدِ التّبْليغِ؛ لأنّه لا يَبْلُغُ.

ولو حَمَلْناه على ما قاله أبو يوسفَ - لا يَقَعُ الأمنُ عنه؛ لاحتمالِ أنّه أرادَ به حَدَّ المَماليكِ فيَصيرُ مُبَلِّغًا غيرَ الحدِّ - الحدَّ؛ فيَلْحَقُه الوعيدُ فكان الاحتياطُ فيما قاله أبو حنيفةَ - رحمه الله - واللّه تعالى الموفِّقُ.

فصل [في صفة التعزير]

وأمّا صِفَتُه فلَه صِفاتٌ منها: أنّه أشَدُّ الضَّرْبِ، واختلف المَشايِخُ في المُرادِ بالشِّدّةِ المذكورةِ.

قال بعضُهم: أُريدَ بها الشِّدّةُ من حيث الجمْعِ، وهي أنْ يجمع الضَّرَباتِ فيه على عُضْوٍ واحِدٍ ولا يُفَرِّقُ بخلافِ الحُدودِ.

وقال بعضُهم: المُرادُ منها الشِّدّةُ في نفسِ الضَّرْبِ وهو الإيلامُ، ثُمّ إنّما كان أشَدَّ الضَّرْبِ لِوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّه شُرِعَ لِلزَّجْرِ المَحْضِ ليس فيه معنى تَكْفيرِ الذَّنْبِ، بخلافِ الحُدودِ فإنّ معنى الزَّجْرِ فيها يَشوبُه معنى التّكْفيرِ [لِلذّنْبِ] [٣]، قَالَ ﷺ: «**الحُدودُ كفَّارَاتٌ لأهْلِهَا**» [٤]

---

(١) أورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٥٤) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه موقوفًا.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) صحيح: أخرجه الحاكم في المستدرك (١/ ٩٢)، برقم (١٠٤)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٣٢٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٥٥٢٤).

فإذا تَمَحَّضَ التّعزيرُ لِلزَّجْرِ - فلا شَكَّ أنّ الأشَدَّ أزْجَرُ فكان في تَحْصيلِ ما شُرِعَ له أبلَغُ.

والثاني: أنّه قد نَقَصَ عن عَدَدِ الضَّرَباتِ فيه فلو لم يُشَدِّدْ في الضَّرْبِ - لا يحصُلُ المقصودُ منه وهو الزَّجْرُ.

ومنها: أنّه يحتملُ العفْوَ والصُّلْحَ والإبراءَ؛ لأنّه حَقُّ العبدِ خالصًا، [٣/ ١٨أ] فتجري فيه هذه الأحكامُ، كما تجري في سائرِ (الحُقوقِ للعِبادِ)[1] من القِصاصِ وغيرِه بخلافِ الحُدودِ.

ومنها: أنّه يورَّثُ كالقِصاصِ وغيرِه؛ لِما قُلْنا.

ومنها: أنّه لا يتداخَلُ؛ لأنّ حُقوقَ[2] العبدِ لا يحتمل التّداخُلَ -بخلافِ الحُدودِ- ويُؤخَذُ فيه الكَفيلُ إلاّ أنّه لا يُحْبَسُ؛ لِتَعْديلِ الشُّهودِ، أمّا الكفيل؛ فلأنّ التّكْفيلَ لِلتَّوْثيقِ، والتّعزيرُ حَقٌّ للعبدِ فكان التّوْثيقُ مُلائمًا له بخلافِ الحُدودِ على أصلِ أبي حنيفةَ - رحمه الله -.

وأمّا عَدَمُ الحبْسِ؛ فلأنّ الحبْسَ يَصْلُحُ تَعْزيرًا في نفسِه فلا يكونُ مشروعًا قبل تَعْديلِ الشُّهودِ، بخلافِ الحُدودِ أنّه يُحْبَسُ فيها (لِتَعْديلِ الشُّهودِ)[3]؛ لأنّ الحبْسَ لا يَصْلُحُ حَدًّا، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في بيان ما يظهر به]

وأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به فنقولُ: إنّه يَظْهَرُ به سائرُ حُقوقِ العِبادِ من الإقرارِ والبيِّنةِ والنُّكولِ وعِلْمِ القاضي، ويُقْبَلُ فيه شهادةُ النِّساءِ مع الرِّجالِ، والشَّهادةُ على الشَّهادةِ، وكتابُ القاضي إلى القاضي، كما في سائرِ حُقوقِ العِبادِ.

ورَوَى الحسنُ عن أبي حنيفةَ - رحمهما الله - أنه لا يُقْبَلُ فيه شهادةُ النِّساءِ، والصّحيحُ هو الأوّلُ؛ لأنّه حَقُّ العبدِ على الخُلوصِ فيَظْهَرُ بما يَظْهَرُ به حُقوقُ العِبادِ، ولا يُعْمَلُ فيه الرُّجوعُ كما لا يُعْمَلُ في القِصاصِ وغيرِه، بخلافِ الحُدودِ الخالصةِ لِلَّه تعالى، واللَّه تعالى - عَزَّ شأنُه - أعلمُ بالصّوابِ، وإليه المرجِعُ والمَآبُ.

---

(١) في المخطوط: «حقوق العباد». (٢) في المخطوط: «حق».

(٣) في المخطوط: «للتعديل».

كتاب السرقة



كتاب السرقة

يُحْتاجُ لِمعرفةِ مَسائلِ السّرقةِ إلى معرفةِ رُكْنِ السّرقةِ، وإلى معرفةِ شرائطِ الرُّكْنِ، وإلى معرفةِ ما يظْهَرُ به السّرقةُ عند القاضي، وإلى معرفةِ حُكْمِ السّرقةِ.

فصل [في ركن السرقة]

أما رُكنُ السرقةِ: فهو الأخْذُ على سَبيلِ الاستخفاءِ، قال اللّه تَبارَك وتعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾ [الحجر:١٨] سَمَّى سبحانه وتعالى أخْذَ المسموعِ على وجه الاستخفاءِ استِراقًا؛ ولهذا يُسَمَّى الأخْذُ على سَبيلِ المُجاهَرةِ مُغالَبَةً أو نُهبَةً، أو [١] خِلْسَةً، أو غَصْبًا، أو [٢] انتِهابًا واختلاسًا لا سَرِقةً.

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه سُئِلَ عن المُخْتَلِسِ والمُنْتَهبِ فقال: تلك الدُّعابةُ لا شيءَ فيها [٣].

وَرُوِيَ عن النّبِيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قَالَ: «لَا قَطْعَ على نَبَّاشٍ ولَا مُنْتَهبٍ ولَا خائنٍ» [٤]، ثُمّ الأخْذُ على وجه الاستخفاءِ نوعانِ: مُباشرةٌ، وتَسَبُّبٌ.

أما المُباشرةُ: فهو أنْ يتوَلَّى السّارِقُ أخْذَ المَتاعِ، وإخْراجَه من الحِرْزِ [بنفسِه حتّى لو دخل الحِرْزَ، وأخذ مَتاعًا فحَمَلَه، أو لم يحمِلْه حتّى ظَهَرَ عليه وهو في الحِرْزِ] [٥] قبل أنْ يُخْرِجَه فلا قَطْعَ عليه؛ لأنّ الأخْذَ إثباتُ اليَدِ، ولا يَتِمُّ ذلك إلاّ بالإخْراج من الحِرْزِ ولم يوجدْ.

وإنْ رَمَى به خارجَ الحِرْزِ، ثُمّ ظَهَرَ عليه قبل أنْ يخرُجَ هو من الحِرْزِ فلا قَطْعَ عليه؛

---

(١) في المخطوط: «و». (٢) في المخطوط: «و».
(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٢٨)، برقم (٢٨٦٦٣).
(٤) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب: القطع في الخلسة والخيانة، برقم (٤٣٩٢)، والترمذي، برقم (١٤٤٨)، والنسائي، برقم (٤٩٧١)، وابن ماجه، برقم (٢٥٩١)، وأحمد بنحوه، برقم (١٤٦٥٢)، والدارمي، برقم (٢٣١٠)، من حديث جابربن عبدالله رضي‌الله عنه. انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٥٤٠٢).
(٥) ليست في المخطوط.

لأنّ يَدَه ليستْ بثابِتةٍ عليه عند الخُروجِ من الحِرْزِ، فإنْ لم يَظْهَرْ عليه حتّى خرج، وأخذ ما كان رَمَى به خارجَ الحِرْزِ يُقْطَعُ، ورُوِيَ عن زُفَرَ - رحمه الله -: أنّه لا يُقْطَعُ.

وجه قولِه: أنّ الأخْذَ من الحِرْزِ لا يَتِمُّ إلاّ بالإخْراجِ منه، والرَّمْيُ ليس بإخْراجٍ، والأخْذُ من الخارجِ ليس أخْذًا من الحِرْزِ فلا يكونُ سَرِقةً.

ولَنا: أنّ المالَ في حُكْمِ يَدِه ما لم تَثْبُتْ عليه يَدُ غيرِه، فقد وُجِدَ منه الأخْذُ والإخْراجُ من الحِرْزِ.

ولو رَمَى به إلى صاحبٍ له خارجَ الحِرْزِ فأخذه المرميُّ إليه فلا قَطْعَ على واحدٍ منهما: أمّا الخارجُ؛ فلأنّه لم يوجدْ منه الأخْذُ من الحِرْزِ، وأمّا الدّاخِلُ؛ فلأنّه لم يوجدْ منه الإخْراجُ من الحِرْزِ لِثُبوتِ يَدِ الخارجِ عليه، ولو ناوَلَ صاحبًا له مُناوَلةً من وراءِ الجِدارِ ولم يخرُجَ هو: فلا قَطْعَ على واحدٍ منهما عند أبي حنيفةَ - رحمه الله -، وعندهما [١] يُقْطَعُ الدّاخِلُ، ولا يُقْطَعُ الخارجُ إذا كان الخارجُ لم يُدْخِلْ يَدَه إلى الحِرْزِ.

(وجه) قولِهما: أنّ الدّاخِلَ لَمّا ناوَلَ صاحبَه فقد أقام يَدَ صاحبِه مُقام يَدِه، فكأنّه خرج والمالُ في يَدِه.

(وجه) قولِه [٢] على نحوِ ما ذَكَرْنا في المسألةِ المُتَقدِّمةِ: أنّه لا سَبيلَ إلى إيجابِ القَطْعِ على الخارجِ لانعِدامِ فعلِ السّرقةِ منه، وهو الأخْذُ من الحِرْزِ، ولا سَبيلَ إلى إيجابِه على الدّاخِلِ؛ لانعِدامِ ثُبوتِ يَدِه عليه حالةَ الخُروجِ من الحِرْزِ؛ لِثُبوتِ يَدِ صاحبِه، بخلافِ ما إذا رَمَى به إلى السِّكّةِ، ثُمّ خرج وأخذه؛ لأنّه لَمّا لم تَثْبُتْ عليه يَدُ غيرِه فهو في حُكْمِ يَدِه، فكأنّه خرج به حقيقةً، وإنْ كان الخارجُ أدْخَلَ يَدَه في الحِرْزِ فأخذه من يَدِ الدّاخِلِ: فلا قَطْعَ على واحدٍ منهما في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: أقطَعُهما جميعًا.

(أمّا) عَدَمُ وُجوبِ القَطْعِ على الدّاخِلِ على أصلِ أبي حنيفةَ - رحمه الله -؛ فلِعَدَمِ الإخْراجِ من الحِرْزِ، يُحَقِّقُه أنّه لو أخْرَجَ يَدَه، وناوَلَ صاحبًا له لم يُقْطَعْ، فعند عَدَمِ الإخْراجِ [٢/ ٢٨٩أ] أولى، والوُجوبُ عليه على أصلِ أبي يوسفَ - رحمه الله - لِما ذَكَرْنا في المسألةِ المُتَقدِّمةِ.

---

(١) في المخطوط: «عند أبي يوسف ومحمد».
(٢) في المخطوط: «قول أبي حنيفة».

(وأمّا) الكَلامُ في الخارِجِ فمَبنيٌّ على مسألةٍ أُخرى، وهي أنّ السّارِقَ إذا نَقَبَ منزلاً، وأدْخَلَ يَدَه فيه، وأخْرَجَ المَتاعَ، ولم يدخلْ فيه هل يُقْطَعُ؟ ذكر في الأصلِ، وفي الجامِعِ الصّغيرِ: أنّه لا يُقْطَعُ، ولم يحكِ خلافًا.

وقال ابو يوسف في الإملاء: أقطَعُ ولا أُبالي دخل الحِرْزَ، أو لم يدخلْ، وعلى هذا الخلافِ إذا نَقَبَ ودخل، وجمع المَتاعَ عند النّقْبِ، ثُمّ خرج وأدْخَلَ يَدَه فرفع.

وجه قوله: أنّ الرُّكْنَ في السّرقةِ هو الأخْذُ من الحِرْزِ، فأمّا الدُّخولُ في الحِرْزِ فليس برُكْنٍ، ألا تَرَى أنّه لو أدْخَلَ يَدَه في الصُّنْدوقِ، أو في الجوالِقِ، وأخْرَجَ المَتاعَ يُقْطَعُ، وإنْ لم يوجدِ الدُّخولُ.

ولهما: ما رويَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: «إذا كان اللِّصُّ ظَريفًا لم يُقْطَعْ قيلَ: وكيفَ يكونُ ظَريفًا؟ قال: يُدْخِلُ يَدَه إلى الدّارِ ويُمْكِنُه دُخولُه»، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فيكونَ إجماعًا؛ ولأنّ هَتْك الحِرْزِ على سَبيلِ الكَمالِ شرطٌ؛ لأنّ به تَتَكامَلُ الجنايةُ، ولا يتكامَلُ الهَتْكُ فيما يُتَصَوّرُ فيه الدُّخولُ إلاّ بالدُّخولِ، ولم يوجدْ، بخلافِ الأخْذِ من الصُّندوقِ، والجوالِقِ؛ لأنّ هَتْكَهما بالدُّخولِ مُتَعَذِّرٌ، فكان الأخْذُ بإدْخال اليَدِ فيها هَتْكًا مُتكامِلاً فيُقْطَعُ.

ولو أخْرَجَ السّارِقُ المَتاعَ من بعضِ بُيوتِ الدّارِ إلى السّاحةِ: لا يُقْطَعُ ما لم يخرُجْ من الدّارِ؛ لأنّ الدّارَ مع اختلافِ بُيوتِها حِرْزٌ واحدٌ، ألا تَرَى أنّه إذا قيلَ لِصاحبِ الدّارِ: احفَظْ هذه الوديعةَ في هذا البيتِ، فحَفِظَ في بيتٍ آخرَ فضاعَتْ لم يضمنْ.

وكذا إذا أذِنَ لإنسانٍ في دُخولِ الدّارِ فدخلها فسَرَقَ من البيتِ لا يُقْطَعُ، وإنْ لم يأذَنْ له بدُخولِ البيتِ دَلَّ أنّ الدّارَ مع اختلافِ بُيوتِها حِرْزٌ واحدٌ فلم يكنِ الإخْراجُ إلى صَحْنِ الدّارِ إخْراجًا من الحِرْزِ، بل هو نَقْلٌ من بعضِ الحِرْزِ إلى البعضِ بمنزلةِ النّقْلِ من زاويةٍ إلى زاويةٍ أُخرى.

هذا إذا كانت الدّارُ مع بُيوتِها لِرجلٍ واحدٍ، فأمّا إذا كان كُلُّ منزلٍ فيها لِرجلٍ فأخْرَجَ المَتاعَ من البيتِ إلى السّاحةِ يُقْطَعُ؛ لأنّ كُلَّ بيتٍ حِرْزٌ على حِدةٍ، فكان الإخْراجُ منه إخْراجًا من الحِرْزِ.

وكذلك إذا كان في الدّارِ حُجَرٌ، ومَقاصيرُ فسَرَقَ من مقصورةٍ منها، وخرج به إلى

صَحْنِ الدّارِ قُطِعَ؛ لأنّ كُلَّ مقصورةٍ منها حِرْزٌ على حِدةٍ، فكان الإخْراجُ منها إخْراجًا من الحِرْزِ بمنزلةِ الدّارِ (١) المُخْتَلِفةِ في مَحَلّةٍ واحدةٍ.

ولو نَقَبَ رجلانِ، ودخل أحدُهما فاستخرَجَ المَتاعَ فلَمّا خرج به إلى السِّكّةِ حَمَلاه جميعًا يُنْظَرُ: إنْ عُرِفَ الدّاخِلُ منهما بعَيْنِه قُطِعَ؛ لأنّه هو السّارِقُ لِوُجودِ الأخْذِ والإخْراج منه، ويُعَزَّرُ الخارِجُ؛ لأنّه أعانَه على المعصيةِ، وهذه معصيةٌ ليس فيها حَدٌّ مُقَدَّرٌ فيُعَزَّرُ.

وإنْ لم يُعْرَفِ الدّاخِلُ منهما لم يُقْطَعْ واحدٌ منهما؛ لأنّ مَنْ عليه القَطْعُ مجهولٌ، ويُعَزَّرانِ: أمّا الخارِجُ فلِما ذَكَرْنا. وأمّا الدّاخِلُ: فلارتِكابِه جنايةً لم يُسْتَوْفَ فيها الحدُّ لِعُذْرٍ فتَعَيَّنَ التّعزيرُ.

ولو نَقَبَ بيتَ رجلٍ، ودخل عليه مُكابَرةً ليلاً حتّى سَرَقَ منه مَتاعَه يُقْطَعُ؛ لأنّه إنْ لم يوجد الأخْذُ على سَبيلِ الاستخفاءِ من المالِكِ فقد وُجِدَ من النّاس؛ لأنّ الغوْثَ لا يَلْحَقُ باللّيْلِ؛ لِكونِه وقتَ نومٍ وغَفْلةٍ، فتَحَقَّقَتِ السّرقةُ واللّه تعالى أعلمُ.

وأمّا التّسبُّبُ: فهو أنْ يدخلَ جماعةٌ من اللُّصوصِ منزلَ رجلٍ، ويأخذوا مَتاعًا (٢) ويحمِلوه على ظَهْرِ واحدٍ، ويُخْرِجوه من المنزلِ: فالقياسُ أنْ لا يُقْطَعَ إلاّ الحامِلُ خاصّةً، وهو قولُ زُفَرَ، وفي الاستحسانِ: يُقْطَعونَ جميعًا.

وجه القياس: أنّ رُكْنَ السّرقةِ لا يَتِمُّ إلاّ بالإخْراج من الحِرْزِ، وذلك وُجِدَ منه مُباشرةً، فأمّا غيرُه [فمُعينٌ] (٣) له، والحدُّ يجبُ على المُباشرِ لا على المُعينِ كحَدِّ الزّنا والشُّرْبِ.

وجه الاستحسانِ: أنّ الإخْراجَ حَصَلَ من الكُلِّ معنًى؛ لأنّ الحامِلَ لا يَقْدِرُ على الإخْراج إلاّ بإعانةِ الباقينَ وتَرَصُّدِهم لِلدَّفْعِ، فكان الإخْراجُ من الكُلِّ من حيث المعنى، ولهذا أُلْحِقَ المُعينُ بالمُباشرِ في قَطْعِ الطَّريقِ، وفي الغنيمةِ كذا هذا.

ولأنّ الحامِلَ عامِلٌ لهم فكأنّهم حَمَلوا المَتاعَ على حِمارٍ، وساقوه حتّى أخْرَجوه من الحِرْزِ؛ ولأنّ السّارِقَ لا يَسْرِقُ وحْدَه عادةً، بل مع أصحابِه، ومن عادةِ السُّرّاقِ أنّهم كُلُّهم لا يَشتغِلونَ بالجمْعِ والإخْراج، بل يَرْصُدُ البعضُ، فلو جُعِلَ ذلك مانِعًا من وُجوبِ القَطْعِ

(١) في المخطوط: «الدور».
(٢) في المخطوط: «متاعه».
(٣) ليست في المخطوط.

لانسَدَّ بابُ القَطْعِ، وانفَتَحَ بابُ السّرقةِ وهذا لا يجوزُ؛ ولهذا أُلْحِقَتِ الإعانةُ بالمُباشرةِ في بابِ قَطْعِ الطَّريقِ كذا هذا واللّه تعالى أعلمُ.

فصل [في شروط الركن]

وأما الشرائط فأنواع:

بعضها يرجعُ إلى السّارِقِ.

وبعضُها يرجعُ إلى المسروق.

وبعضُها يرجعُ إلى المسروقِ منه.

وبعضُها يرجعُ إلى المسروقِ فيه، وهو المكانُ.

أما ما يرجعُ إلى السّارِقِ: فأهليّةُ وُجوبِ القَطْعِ وهي: العقلُ، والبلوغُ، فلا يُقْطَعُ الصّبيُّ، والمجنونُ؛ لِما رُوِيَ عن النّبِيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قَالَ: «**رُفِعَ القَلَمُ عن ثَلَاثةٍ**[(١)]: عن الصّبِيِّ [٢/ ٢٨٩ب] حتّى يَحْتَلِمَ، وعن المجنُونِ حتّى يُفِيقَ، وعن النّائمِ حتّى يَسْتَيْقِظَ»[(٢)]، أخْبَرَ عليه الصلاة والسلام أنّ القَلَمَ مرفوعٌ عنهما، وفي إيجابِ القَطْعِ إجراءُ القَلَمِ عليهما، وهذا خلافُ النّصِّ؛ ولأنّ القَطْعَ عُقوبةٌ فيَسْتَدْعي جنايةً، وفعلُهما لا يوصَفُ بالجناياتِ[(٣)]؛ ولهذا لم يجبْ عليهما سائرُ الحُدودِ كذا هذا، ويضمنانِ السّرقةَ؛ لأنّ الجنايةَ ليستْ بشرطٍ لِوُجوبِ ضمانِ المالِ.

وإنْ كان السّارِقُ يُجَنُّ مَرّةً، ويُفيقُ أُخرى فإنْ سَرَقَ في حالِ جُنونِه لم يُقْطَعْ، وإنْ سَرَقَ في حالِ الإفاقةِ؛ يُقْطَعْ[(٤)].

ولو سَرَقَ جماعةٌ فيهم صَبيٌّ، أو مجنونٌ يُدْرأُ عنهم القَطْعُ في قولِ أبي حنيفةَ وزُفَرَ - رحمهما الله.

---

(١) في المخطوط: «ثلاث».

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب: في المجنون يسرق أو يصيب حدًّا، برقم (٤٣٩٨)، والترمذي، برقم (١٤٢٣)، والنسائي، برقم (٣٤٣٢)، وابن ماجه، برقم (٢٠٤١)، وأحمد، برقم (٢٤١٨٢)، والدارمي، برقم (٢٢٩٦)، من حديث عائشة رضي الله عنها، انظر إرواء الغليل، رقم (٩٨٤).

(٣) في المخطوط: «بالجناية».

(٤) في المخطوط: «قُطِعَ».

وقال ابو يوسف - رحمه الله -: إنْ كان الصّبيُّ أو المجنونُ هو الذي تَوَلَّى إخْراجَ المَتاعِ دُرِئَ عنهم جميعًا، وإنْ كان وليَه غيرُهما؛ قُطِعوا جميعًا إلاّ الصّبيَّ والمجنونَ.

(وجه) قوله: أنّ الإخْراجَ من الحِرْزِ هو الأصلُ في السّرقةِ، والإعانةُ كالتّابعِ فإذا وليَه الصّبيُّ، أو المجنونُ؛ فقد أتَى بالأصلِ، فإذا لم يجبِ القَطْعُ بالأصلِ كيْفَ يجبُ بالتّابعِ؟ فإذا وليَه بالِغٌ عاقِلٌ؛ فقد حَصَلَ الأصلُ منه، فسُقوطُه عن التّبَعِ لا يوجِبُ سُقوطَه عن الأصلِ.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ [وزُفَرَ - رحمهما الله -] [١] أنّ السّرقةَ واحدةٌ، وقد حَصَلَتْ مِمَّنْ يجبُ عليه القَطْعُ، ومِمَّنْ لا يجبُ عليه القَطْعُ فلا يجبُ القَطْعُ على أحدٍ كالعامِدِ مع الخاطِئِ إذا اشتركا في القَطْعِ، أو في القَتْلِ.

وقوله: الإخْراجُ أصلٌ في السّرقةِ، مُسَلَّمٌ، لكنّه حَصَلَ من الكُلِّ معنًى؛ لاتّحادِ الكُلِّ في معنى التّعاوُنِ على ما بَيَّنّا فيما تَقَدَّمَ، فكان إخْراجُ غيرِ الصّبيِّ، والمجنونِ كإخْراجِ الصّبيِّ والمجنونِ ضرورةَ الاتّحادِ.

وعلى هذا الخلافِ إذا كان فيهم ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ من المسروق منه أنّه لا قَطْعَ على أحدٍ عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ «يُدرأ عن ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، ويجبُ على الأجنبيّ» ولا خلافَ في أنّه إذا كان فيهم شريكُ المسروقِ منه أنّه لا قَطْعَ على أحدٍ، فأمّا الذُّكورةُ فليستْ بشرطٍ لِثُبوتِ الأهليّةِ فتُقْطَعُ الأُنثى؛ لقوله تعالى عَزَّ شَأنُه: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]، وكذلك الحُرّيّةُ فيُقْطَعُ العبدُ، والأمةُ، والمُدبَّرُ، والمُكاتَبُ، وأُمُّ الولدِ؛ لِعُمومِ الآيةِ الشّريفةِ، ويَسْتَوي الآبِقُ وغيرُه؛ لِما قُلْنا.

وذُكِرَ في الموَطّأِ أنّ عبدًا لِعبدِ اللّه ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما سَرَقَ - وهو آبِقٌ - فبَعَثَ به عبدُ اللّه إلى سَعيدِ بنِ العاصِ رضي الله عنه لِيَقْطَعَ يَدَه فأبَى سَعيدٌ أنْ يَقْطَعَ يَدَه، وقال: «لا نَقْطَعُ يَدَ الآبِقِ إذا سَرَقَ» فقال عبدُ اللّه: في أي كتابِ اللّه عَزَّ شَأنُه وجَدْتَ هذا: أنّ العبدَ الآبِقَ إذا سَرَقَ لا تُقْطَعُ يَدُه، فأمَرَ به عبدُ اللّه رضي الله عنه فقُطِعَتْ يَدُه [٢]؛

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) أخرجه مالك، برقم (١٥٧٧)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٣٠).

ولأنّ الذُّكورةَ، والحُرّيّةَ ليستْ [١] من شرائطِ سائرِ الحُدودِ، فكذا هذا الحدُّ، وكذا الإسلامُ [٢] ليس بشرطٍ، فيُقْطَعُ المسلمُ والكافرُ لِعُمومِ آيةِ السّرقةِ.

فصل [فيما يرجع إلى المسروق]

(منها) أنْ يكونَ مالاً مُطْلَقًا لا قُصورَ في ماليّتِه، ولا شُبْهةَ، وهو أنْ يكونَ مِمّا يتمَوّلُه النّاسُ، ويَعُدّونَه مالاً؛ لأنّ ذلك يُشْعِرُ بعِزّتِه، وخَطَرِه عندهم، وما لا يتمَوّلونَه فهو تافِهٌ حقيرٌ، قد رويَ عن - سَيِّدَتنا - عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: لم تكُنِ اليَدُ تُقْطَعُ على عَهْدِ رسولِ اللّه ﷺ في الشّيءِ التّافِهِ [٣].

وهذا منها بيانُ شرْعٍ مُتَقَرِّرٍ؛ ولأنّ التّفاهةَ تُخلُّ في الحِرْزِ؛ لأنّ التّافِهَ لا يُحْرَزُ عادةً، أو لا يُحْرَزُ إحرازَ الخطَرِ [٤]، والحِرْزُ المُطْلَقُ شرطٌ على ما نذكرُ، وكذا تُخلُّ [٥] في الرُّكْنِ، وهو الأخْذُ على سَبيلِ الاستخفاءِ؛ لأنّ أخْذَ التّافِهِ مِمّا لا يَسْتخفي منه فيتمَكّنُ الخلَلُ والشُّبْهةُ في الرُّكْنِ، والشُّبْهةُ في بابِ الحُدودِ مُلْحَقةٌ بالحقيقةِ.

ويخرجُ على هذا مَسائلُ: إذا سَرَقَ صَبيًّا حُرًّا لا يُقْطَعُ؛ لأنّ الحُرَّ ليس بمالٍ.

ولو سَرَقَ صَبيًّا عبدًا لا يتكَلَّمُ، ولا يَعْقِلُ يُقْطَعُ في قولِ أبي حنيفةَ، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ - رحمه الله -: لا يُقْطَعُ.

(ووجهُه): أنّ العبدَ ليس بمالٍ مَحْضٍ، بل هو مالٌ من وجهٍ، آدَميٌّ من وجهٍ، فكان مَحَلُّ السّرقةِ من وجهٍ دونَ وجهٍ؛ فلا تَثْبُتُ المَحَلّيّةُ بالشّكِّ، فلا يُقْطَعُ كالصّبيِّ العاقِلِ.

(ولَنا) أنّه مالٌ من كُلِّ وجهٍ؛ لِوُجودِ معنى الماليّةِ فيه على الكَمالِ، ولا يَدَ له على نفسِه فيتحَقّقُ رُكْنُ السّرقةِ - كالبهيمةِ -، وكونُه آدَميًّا لا يَنْفي كونَه مالاً، فهو آدَميٌّ من كُلِّ وجهٍ، ومالٌ من كُلِّ وجهٍ؛ لِعَدَمِ التّنافي فيتعَلّقُ القَطْعُ بسَرِقَتِه من حيث إنّه مالٌ، لا من حيث إنّه آدَميٌّ، بخلافِ العاقِلِ؛ لأنّه وإنْ كان مالاً من كُلِّ وجهٍ لكنّه في يَدِ نفسِه، فلا يُتَصَوّرُ ثُبوتُ يَدِ غيرِه عليه؛ لِلتّنافي فلا يتحَقّقُ فيه رُكْنُ السّرقةِ: وهو الأخْذُ.

---

(١) في المخطوط: «ليسا». (٢) في المخطوط: «إسلام السارق».
(٣) أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (٢/ ٢٣١)، برقم (٧٣٨).
(٤) في المخطوط: «الخطير». (٥) في المخطوط: «تحل».

ولو سَرَقَ مَيْتةً [أو دَمًا] [١]، أو جِلْدَ مَيْتةٍ لم يُقْطَعْ؛ لانعِدامِ المالِ [٢] ولا يُقْطَعُ في التِّبنِ، والحشيشِ، والقَصَبِ، والحطَبِ؛ لأنّ النّاسَ لا يتموّلونَ هذه الأشياءَ، ولا يَظُنّونَ بها؛ لِعَدَمِ عِزَّتِها، وقِلّةِ خَطَرِها عندهم، بل يَعُدّونَ الظِّنّةَ بها من بابِ الخساسةِ، فكانت تافِهةً، ولا قَطْعَ في التُّرابِ، والطّينِ، والجصِّ، واللَّبِنِ، والنّورةِ، والآجُرِّ، والفخّارِ، والزُّجاجِ؛ لِتَفاهَتِها.

فرَّقَ بينَ التُّرابِ، وبينَ الخشَبِ، حيث سَوّى [٢/ ٢٩٠أ] في التُّرابِ بينَ المعمولِ منه وغيرِ المعمولِ، وفرَّقَ في الخشَبِ؛ لأنّ الصّنْعةَ في الخشَبِ أخْرَجَتْه عن حَدِّ التّفاهةِ، والصّنْعةَ في التُّرابِ لم تُخْرِجْه عن كونِه تافِهًا، يُعْرَفُ ذلك بالرُّجوعِ إلى عُرْفِ النّاس وعاداتِهم.

ومن أصحابِنا من فصَّلَ في الجوابِ في الزُّجاج بينَ المعمولِ، وغيرِ المعمولِ، كما في الخشَبِ، ومنهم مَنْ سَوّى بينَهما، وهو الصّحيحُ؛ لأنّ الزُّجاجَ بالعمَلِ لم يخرُجْ عن حَدِّ التّفاهةِ؛ لأنّه يتسارَعُ إليه الكَسْرُ، بخلافِ الخشَبِ، ولا يُقْطَعُ في الخشَبِ إلاّ إذا كان معمولاً بأنْ صَنَعَ منه أبوابًا، أو آنيةً، أو نحوَ ذلك ما خَلا السّاجَ [٣]، والقَنا، والأبَنوسَ، والصّنْدَلَ؛ لأنّ غيرَ المَصْنوعِ من الخشَبِ لا يتموّلُ عادةً، فكان تافِهًا، وبالصّنْعةِ يخرُجُ عن التّفاهةِ فيتموّلُ، وأمّا السّاجُ، والأبَنوسُ، والصّنْدَلُ فأموالٌ لها عِزّةٌ وخَطَرٌ [عند النّاس] [٤] فكانت أموالاً مُطْلَقةً.

(وأمّا) العاجُ فقد ذكر محمّد: أنّه لا يُقْطَعُ إلاّ في المعمولِ منه، وقيلَ هذا الجوابُ في العاج الذي هو من عَظْمِ الجمَلِ، فلا يُقْطَعُ إلاّ في المعمولِ منه؛ لأنّه لا يتموّلُ لِتَفاهَتِه، ويُقْطَعُ في المعمولِ؛ لِخُروجِه عن حَدِّ التّفاهةِ بالصّنْعةِ - كالخشَبِ المعمولِ.

فأمّا ما هو من عَظْمِ الفيلِ فلا يُقْطَعُ فيه أصلاً سواءٌ كان معمولاً، أو غيرَ معمولٍ؛ لأنّ الفُقَهاءَ اختلَفوا في ماليّتِه، حتّى حَرَّمَ بعضُهم بيعَه والانتِفاعَ به، فأوجَبَ ذلك قُصورًا في الماليّةِ [٥]، ولا قَطْعَ في قَصَبِ النُّشّابِ [٦]، فإنْ كان اتَّخَذَ منه نُشّابًا قُطِعَ؛ لِما قُلْنا في

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) في المخطوط: «المالية».
(٣) الساج: خشب أسود رزين يُجلب من الهند، ولا تكاد الأرض تبليه. انظر: المصباح المنير (١/ ٢٩٣).
(٤) ليست في المخطوط. (٥) في المخطوط: «ماليته».
(٦) النشاب: النبل، السهام، انظر: اللسان (١/ ٧٥٧).

الخشَبِ، ولا قَطْعَ في القُرونِ معمولةً كانت، أو غيرَ معمولةٍ.

وقال أبو يوسف: إنْ كانت معمولةً وهي تُساوي عشرةَ دراهمَ قُطِعَ قيلَ إنّ اختلافَ الجوابِ لاختلافِ الموضوعِ، فموضوعُ المسألةِ على قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله -: في قُرونِ المَيْتةِ؛ لأنّها ليستْ بمالٍ مُطْلَقٍ لاختلافِ الفُقَهاءِ في ماليّتِها، وجوابُ أبي يوسفَ - رحمه الله -: في قُرونِ المُذَكّى فلم يوجِبِ القَطْعَ في غيرِ المعمولِ منها؛ لأنّها من أجزاءِ الحيَوانِ، وأوجَبَ في المعمولِ كما في الخشَبِ المعمولِ، وعن محمّدٍ في جُلودِ السِّباعِ المَدْبوغةِ: أنّه لا قَطْعَ فيها فإنْ جُعِلَتْ مُصَلاّةً، أو بساطًا قُطِعَ؛ لأنّ غيرَ المعمولِ منها من أجزاءِ الصّيْدِ ولا قَطْعَ [1] في الصّيْدِ فكذا في أجزائه، وبالصّنْعةِ صارتْ شيئًا آخرَ فأشبَهَ الخشَبَ المَصْنوعَ، وهذا يَدُلُّ على أنّ محمّدًا لم يَعْتَدَّ، بخلافِ مَنْ يقولُ من الفُقَهاءِ: إنّ جُلودَ السِّباعِ لا تَطْهُرُ بالزَّكاةِ، ولا بالدِّباغِ.

ولا قَطْعَ في البواري؛ لأنّها تافِهةٌ لِتَفاهةِ أصلِها وهو القَصَبُ، ولا قَطْعَ في سَرِقةِ كلْبٍ، ولا فهْدٍ، ولا في سَرِقةِ المَلاهي: من الطَّبْلِ، والدُّفِّ، والمِزْمارِ ونحوِها؛ لأنّ [2] هذه الأشياءَ مِمّا لا يتمَوّلُ، أو في ماليّتِها قُصورٌ، ألا تَرَى أنّه لا ضمانَ على كاسرِ المَلاهي عند أبي يوسفَ، ومحمّدٍ، ولا على قاتلِ الكَلْبِ، والفهْدِ عند بعضِ الفُقَهاءِ.

ولو سَرَقَ مُصْحَفًا، أو صَحيفةً فيها حَديثٌ، أو عَرَبيّةٌ، أو شِعْرٌ فلا قَطْعَ وقال أبو يوسفَ: يُقْطَعُ إذا كان يُساوي عشرةَ دراهمَ؛ لأنّ النّاسَ يَدَّخِرونَها ويَعُدّونَها من نَفائسِ الأموالِ.

(ولَنا) أنّ المُصْحَفَ الكَريمَ يُدَّخَرُ لا لِلتَّمَوُّلِ، بل للقِراءةِ، والوُقوفِ على ما يتعلَّقُ به مَصْلَحةُ الدّينِ والدُّنْيا والعمَلِ به، وكذلك صَحيفةُ الحديثِ، وصَحيفةُ [3] العرَبيّةِ، والشِّعْرِ يُقْصَدُ بها معرفةُ الأمثالِ والحِكَمِ لا التّمَوُّلِ.

(وأمّا) دَفاتِرُ الحِسابِ ففيها القَطْعُ إذا بَلَغَتْ قيمَتُها نِصابًا؛ لأنّ ما فيها لا يَصْلُحُ مقصودًا بالأخْذِ، فكان المقصودُ هو قدرُ البياضِ من الكاغَدِ [4]، وكذلك الدَّفاتِرُ البيضُ

---

(١) في المخطوط: «نقطع». (٢) في المخطوط: «لكن».
(٣) في المخطوط: «وصحائف».
(٤) الكاغد: القرطاس. انظر: القاموس المحيط (١/ ٤٠٢).

إذا بَلَغَتْ نِصابًا؛ لِما قُلْنا.

على [(١)] هذا يخرُجُ ما قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ - رحمهما الله -: إنّ كُلَّ ما يوجدُ جنسُه تافِهًا مُباحًا في دارِ الإسلامِ فلا قَطْعَ فيه؛ لأنّ كُلَّ ما كان كذلك فلا عِزَّ له، ولا خَطَرَ فلا يتمَوّلُ [(٢)] النّاسُ، فكان تافِهًا والاعتِمادُ على معنى التّفاهةِ دونَ الإباحةِ؛ لِما نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى.

وعن أبي حنيفةَ أنّه لا قَطْعَ في عَفْصٍ [(٣)]، ولا إهليلَجَ [(٤)]، ولا أُشْنانٍ ولا فحْمٍ؛ لأنّ هذه الأشياءَ مُباحةُ الجنسِ في دارِ الإسلامِ، وهي تافِهةٌ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه [لا] [(٥)] يُقْطَعُ في العفْصِ، والإهليلَجِ، والأدْويةِ اليابِسةِ، ولا قَطْعَ في طَيْرٍ ولا صَيْدٍ وحْشيًّا كان أو غيرَه؛ لأنّ الطَّيْرَ لا يتمَوّلُ عادةً، وقد رويَ عن - سَيِّدِنا - عُثْمانَ، وسَيِّدِنا - عَليٍّ رضي الله عنهما أنّهما قالا: «لا قَطْعَ في الطَّيْرِ» [(٦)] ولم يُنْقَلْ عن غيرِهما خلافَ ذلك، فيكونُ إجماعًا، وكذلك ما عُلِّمَ من الجوارحِ فصار صَيودًا فلا قَطْعَ على سُرّاقِه [(٧)]؛ لأنّه - وإنْ عُلِّمَ - فلا يُعَدُّ مالاً وعلى هذا يخرُجُ النّبّاشُ أنّه لا يُقْطَعُ فيما أخذ من القُبورِ في قولِهما [(٨)].

وقال أبو يوسف: يُقْطَعُ.

(وجه) قولِه أنّه أخذ مالاً من حِرْزٍ مثلِه فيُقْطَعُ، كما لو أخذ من البيتِ، ولهما أنّ الكَفَنَ ليس بمالٍ؛ لأنّه لا يُتَموّلُ بحالٍ؛ لأنّ الطِّباع السَّليمةَ تَنْفِرُ عنه أشَدَّ النِّفارِ، فكان تافِهًا، ولَئِنْ كان مالاً ففي ماليَّتِه قُصورٌ؛ لأنّه لا يُنْتَفَعُ به مثلَ ما يُنْتَفَعُ بلِباس الحيِّ، والقُصورُ فوْقَ الشُّبْهةِ، ثُمّ الشُّبْهةُ تَنْفي [(٩)] وُجوبَ الحدِّ، فالقُصورُ أولى، [وقد روي عن] [(١٠)]

---

(١) في المخطوط: «وعلى».
(٢) في المخطوط: «يتموله».
(٣) العفص: شجرة من البلوط تحمل سنة بلوطًا وسنة عفصًا، وهو دواء قابض مجفف يرد المواد المنصبة ويشد الأعضاء الرخوة الضعيفة، وإذا نقع في الخل سود الشعر. انظر: القاموس المحيط (١/ ٨٠٤).
(٤) الإهليلج: عقير من الأدوية، انظر: اللسان (٢/ ٣٩٢).
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٢٦٣)، وأخرج ابن أبي شيبة أثرًا بمعناه (٥/ ٥٢٢)، برقم (٢٨٦٠٧)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٦٠)، وقال: غريب مرفوعًا.
(٧) في المخطوط: «سارقه».
(٨) في المخطوط: «قول أبي حنيفة ومحمد».
(٩) في المخطوط: «تمنع».
(١٠) زيادة من المخطوط.

الزُّهْريِّ [٢/ ٢٩٠ب] أنّه قال: أُخِذَ نَبّاشٌ في زَمَنِ مروانَ بالمَدينةِ فأجمع أصحابُ رسولِ اللّه ﷺ وهم مُتَوافِرونَ أنّه لا يُقْطَعُ [١].

وعلى هذا يخرُجُ سَرِقةُ ما لا يحتملُ الادّخارَ، ولا يَبْقَى من سنةٍ إلى سنةٍ، بل يتسارَعُ إليه الفسادُ أنّه لا قَطْعَ فيه؛ لأنّ ما لا يحتملُ الادّخارَ لا يُعَدُّ مالاً، فلا قَطْعَ في سَرِقةِ الطَّعامِ الرَّطْبِ، والبقولِ، والفواكِه الرَّطْبةِ في قولِهما [٢]، وعند أبي يوسفَ يُقْطَعُ.

(وجه) قولِه أنّه مالٌ مُنْتَفَعٌ به حقيقةً، مُباحُ الانتِفاعِ به شرْعًا على الإطلاقِ، فكان مالاً، فيُقْطَعُ كما في سائرِ الأموالِ، ولهما أنّ هذه الأشياءَ مِمّا لا يُتَمَوّلُ عادةً، وإنْ كانت صالِحةً للانتِفاعِ بها في الحالِ؛ (لأنّها لا تحتمِلُ) [٣] الادّخارَ، والإمساك إلى زَمانِ حُدوثِ الحوائجِ في المُسْتقبَلِ؛ فقَلَّ خَطَرُها عند النّاس فكانت تافِهةً، ولو سَرَقَ تمرًا من نَخْلٍ، أو شَجَرٍ آخرَ مُعَلَّقًا فيه فلا قَطْعَ عليه، وإنْ كان عليه حائطٌ استَوْثَقوا منه وأحرَزوه، أو هناك حائطٌ؛ لأنّ ما على رأسِ النّخْلِ لا يُعَدُّ مالاً؛ ولأنّه ما دامَ على رأسِ الشّجرِ لا يَسْتَحْكِمُ جَفافُه فيتسارَعُ إليه الفسادُ.

قد رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قَالَ: «لَا قَطعَ فِي ثَمرٍ ولَا كثَرٍ» [٤] قال محمّدٌ: الثّمرُ ما كان في الشّجرِ، والكَثَرُ الجُمّارُ فإنْ كان قد جَذَّ الثّمرَ، وجعله في جرين [٥]، ثُمّ سُرِقَ فإنْ كان قد استَحْكَمَ جَفافُه قُطِعَ؛ لأنّه صار مالاً مُطْلَقًا قابلاً للادّخارِ، وإليه أشارَ رَسُولُ اللّه ﷺ حيث قَالَ: «لَا قَطعَ فِي ثَمرٍ، ولَا كثَرٍ حتّى يُؤوِيَه الجرينُ» [٦] فإذا آواه فبَلَغَ ثَمَنَ المِجَنِّ ففيه القَطْعُ؛ لأنّه لا يُؤويه الجرينُ ما لم يَسْتَحْكِمْ جَفافُه عادةً، فإذا استَحْكَمَ جَفافُه لا يتسارَعُ إليه الفسادُ، فكان مالاً مُطْلَقًا.

وكذلك الحِنْطةُ إذا كانت في سُنْبُلِها فهي بمنزلةِ الثّمرِ المُعلّقِ في الشّجرِ؛ لأنّ الحِنْطةَ

---

(١) في المخطوط: «قطع عليه».

(٢) في المخطوط: «قول أبي حنيفة ومحمد».

(٣) في المخطوط: «لأنه لا يحتمل».

(٤) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه، برقم (٤٣٨٨)، والترمذي، برقم (١٤٤٩)، والنسائي، برقم (٤٩٦٠)، وابن ماجه، برقم (٢٥٩٣)، وأحمد، برقم (١٥٣٧٧)، ومالك، برقم (١٥٨٣)، والدارمي، برقم (٢٣٠٤)، من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٧٥٤٥).

(٥) الجرين: موضع التمر الذي يجفف فيه. انظر: مختار الصحاح (١/ ٤٣).

(٦) سبق تخريجه.

ما دامَتْ في السُّنْبُلِ لا تُعَدُّ مالاً، ولا يَسْتَحْكِمُ جَفافُها أيضًا.

(وأمّا) الفاكِهةُ اليابِسةُ التي تَبْقَى من سنةٍ إلى سنةٍ: فالصّحيحُ من الرّوايةِ عن أبي حنيفةَ - رحمه الله -: أنّه يُقْطَعُ فيما يتموّلُ النّاسُ إيّاها؛ لِقَبولِها الادِّخارَ، فانعَدَمَ معنى التّفاهةِ المانِعةِ من وُجوبِ القَطْعِ، ورُوِيَ عنه أنّه سَوّى بينَ رَطْبِ الفاكِهةِ ويابِسِها، وليستْ بصَحيحةٍ.

ولو سَرَقَ من الحائطِ نَخْلةً بأصلِها لا يُقْطَعُ؛ لأنّ أصلَ النّخلةِ مِمّا لا يُتَموّلُ، فكان تافِهًا، ورَوَيْنا عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قالَ: «**لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ**»[1] وقيلَ في تفسيرِ ذلك: إنّه النّخْلُ الصِّغارُ.

ويُقْطَعُ[2] في الحِنّاءِ، والوشمة؛ لأنّه لا يتسارَعُ إليه الفسادُ فلم يختَلَّ معنى الماليّةِ.

ولا قَطْعَ في اللَّحْمِ الطَّريِّ، والصّفيقِ؛ لأنّه يتسارَعُ إليه الفسادُ، وكذلك لا قَطْعَ في السّمكِ طريًّا كان، أو مالِحًا؛ لأنّ النّاسَ لا يَعُدّونَه مالاً لِتَفاهَتِه، ولِتَسارُعِ الفسادِ إلى الطَّريِّ منه، ولِما أنّه يوجدُ جنسُه مُباحًا في دارِ الإسلامِ.

ولا قَطْعَ في اللَّبَنِ؛ لأنّه يتسارَعُ إليه الفسادُ، فكان تافِهًا، ويُقْطَعُ في الخلِّ والدِّبْسِ[3] لِعَدَمِ التّفاهةِ، ألا تَرَى أنّه لا يتسارَعُ إليهما الفسادُ.

ولا قَطْعَ في: عَصيرِ العِنَبِ، ونَقيعِ الزَّبيبِ، ونَبيذِ التّمرِ؛ لأنّه يتسارَعُ إليه الفسادُ، فكان تافِهًا كاللَّبَنِ.

ولا قَطْعَ في الطِّلاءِ وهو المُثَلَّثُ؛ لأنّه مُخْتَلَفٌ في إباحَتِه، وفي كونِه مالاً، فكان قاصِرًا في معنى الماليّةِ، وكذلك المطبوخُ أدْنَى طَبْخةً من نَقيعِ الزَّبيبِ، ونَبيذِ التّمرِ لاختلافِ الفُقَهاءِ في إباحةِ شُرْبِه.

وَأمّا المطبوخُ أدْنَى طَبْخة من عَصيرِ العِنَبِ، فلا شَكَّ أنّه لا قَطْعَ فيه؛ لأنّه حَرامٌ فلم يكنْ مالاً، ويُقْطَعُ في الذّهبِ، والفضّةِ؛ لأنّهما من أعَزِّ الأموالِ، ولا تَفاهةَ فيهما بوجهٍ، وكذلك الجواهرُ، واللآلِئُ؛ لِما قُلْنا.

---

(١) انظر السابق.
(٢) في المخطوط: «ولا يقطع».
(٣) الدبس: عسل التمر وعصارته، وهو ما يسيل من الرطب. انظر: اللسان (٦/ ٧٥).

وبِهذا تَبيَّنَ أنّ التّعويلَ في هذا البابِ في منعِ وُجوبِ القَطْعِ على معنى التّفاهةِ، وعَدَمِ الماليّةِ لا على إباحةِ الجنسِ؛ لأنّ ذلك موجودٌ في الذّهبِ، والفضّةِ، والجواهرِ، واللآلِئِ، وغيرِها.

ويُقْطَعُ في الحُبوبِ كُلِّها، وفي الأدْهانِ، والطِّيبِ كالعودِ، والمِسْكِ، وما أشبَهَ ذلك؛ لانعِدامِ معنى التّفاهةِ، ويُقْطَعُ في الكَتّانِ، والصّوفِ، والخزِّ، ونحوِ ذلك، ويُقْطَعُ في جميعِ الأواني من الصُّفرِ، والحديدِ، والنُّحاس، والرَّصاصِ؛ لِما قُلْنا.

وكذلك لو سَرَقَ النُّحاسَ نفسَه أو الحديدَ نفسَه، أو الرَّصاصَ لِعِزّةِ هذه الأشياءِ وخَطَرِها في أنْفُسِها: كالذّهبِ، والفضّةِ.

ومنها: أنْ يكونَ مُتَقَوِّمًا مُطْلَقًا، فلا يُقْطَعُ في سَرِقةِ الخمرِ من مسلمٍ، مسلمًا كان السّارِقُ، أو ذِمّيًا؛ لأنّه لا قيمةَ للخمرِ في حَقِّ المسلمِ، وكذا الذِّمّيُّ إذا سَرَقَ من ذِمّيٍّ خمرًا، أو خِنْزيرًا لا يُقْطَعُ لأنّه - وإنْ كان مُتَقَوِّمًا عندهم - فليس بمُتَقَوِّمٍ عندنا، فلم يكنْ مُتَقَوِّمًا على الإطلاقِ، ولا يُقْطَعُ في المُباحِ الذي ليس بمملوكٍ، وإنْ كان مالاً لانعِدامِ تَقَوُّمِه، واللّه تعالى أعلمُ.

ومنها: أنْ يكونَ مملوكًا في نفسِه، فلا يُقْطَعُ في سائرِ المُباحاتِ التي لا يَمْلِكُها أحدٌ، وإنْ كانت من نَفائسِ الأموالِ: من الذّهبِ، والفضّةِ، والجواهرِ المُسْتخرَجةِ من مَعادِنِها لِعَدَمِ المالِكِ.

وعلى هذا أيضًا يخرُجُ النّبّاشُ على أصلِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ أنّه لا يُقْطَع؛ لأنّ الكَفَنَ ليس [٢/ ٢٩١أ] بمملوكٍ؛ لأنّه لا يخلو: إمّا أنْ يكونَ على مِلْكِ المَيِّتِ، وإمّا أنْ يكونَ على مِلْكِ الورَثةِ، لا سَبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ المَيِّتَ ليس من أهلِ المِلْكِ، ولا وجهَ لِلثّاني؛ لأنّ مِلْك الوارثِ مُؤَخَّرٌ عن حاجةِ المَيِّتِ إلى الكَفَنِ كما هو مُؤَخَّرٌ عن الدَّيْنِ والوصيّةِ، فلم يكنْ مملوكًا أصلاً.

ومنها: أنْ لا يكونَ لِلسّارِقِ فيه مِلْكٌ، ولا تأويلُ المِلْكِ أو شُبْهَتُه؛ لأنّ المملوك- أو ما فيه تأويلُ المِلْكِ أو الشُّبْهةَ- لا يُحْتاجُ فيه إلى مُسارَقةِ الأعيُنِ، فلا يتحَقَّقُ رُكْنُ السّرقةِ، وهو الأخْذُ على سَبيلِ الاستخفاءِ، والاستِسْرارِ على الإطلاقِ، ولأنّ القَطْعَ عُقوبةُ السّرقةِ قال اللّه في آيةِ السّرقةِ: ﴿جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾ [المائدة:٣٨] فيَسْتَدْعي كونَ الفعلِ

جنايةً مَحْضةً، وأخْذُ المملوكِ لِلسّارِقِ لا يَقَعُ جنايةً أصلاً، فالأخْذُ بتأويلِ المِلْكِ أو الشُّبْهةِ، لا يتمَحَّضُ [(١)] جنايةً، فلا يوجِبُ القَطْعَ.

إذا عُرِفَ هذا فنقولُ: لا قَطْعَ على مَنْ سَرَقَ ما أعارَه من إنسانٍ، أو آجَرَه منه؛ لأنّ مِلْكَ الرَّقَبةِ قائمٌ، ولا على مَنْ سَرَقَ رَهْنَه من بيتِ المُرْتَهِنِ؛ لأنّ مِلْكَ العيْنِ له، وإنّما الثّابِتُ للمُرْتَهِنِ حَقُّ الحبْسِ لا غيرُ.

ولو كان الرَّهْنُ في يَدِ العدْلِ فسرَقَه المُرْتَهِنُ أو الرّاهنُ، فلا قَطْعَ على واحدٍ منهما.

امّا الرّاهنُ: فلِما ذَكَرْنا أنّه مِلْكُه فلا يجبُ القَطْعُ بأخْذِه، وإنْ مُنِعَ من الأخْذِ كما لا يجبُ الحدُّ عليه بوطئِه الجاريةَ المرهونةَ، وإنْ مُنِعَ من الوطءِ.

وامّا المُرْتَهِنُ: فلأنّ يَدَ العدْلِ يَدُه من وجهٍ؛ لأنّ مَنْفَعةَ يَدِه عائدةٌ إليه؛ لأنّه يُمْسِكُه لِحَقِّه فأشبَهَ يَدَ المودَعِ، ولا على مَنْ سَرَقَ مالاً مشترَكًا بينَه، وبينَ المسروقِ منه؛ لأنّ المسروقَ مِلْكُهما على الشُّيوعِ، فكان بعضُ المَأخوذِ مِلْكَه، فلا يجبُ القَطْعُ بأخْذِه، فلا يجبُ بأخْذِ الباقي؛ لأنّ السّرقةَ سَرِقةٌ واحدةٌ، ولا على مَنْ سَرَقَ من بيتِ المالِ والخُمُس؛ لأنّ له فيه مِلْكًا وحَقًّا.

ولو سَرَقَ من عبدِه المَأذونِ فإنْ لم يكنْ عليه دَيْنٌ فلا قَطْعَ؛ لأنّ كسْبَه خالصُ مِلْكِ المولى، وإنْ كان عليه دَيْنٌ يُحيطُ به، وبِما في يَدِه لا يُقْطَعُ أيضًا.

(أمّا) على أصلِهما [(٢)] فظاهرٌ؛ لأنّ كسْبَه مِلْكُ المولى، وعلى أصلِ أبي حنيفةَ - رحمه الله-: إنْ لم يكنْ مِلْكَه فلَه فيه ضرْبُ اختصاصٍ يُشْبِهِ المِلْك، ألا تَرَى أنّه يَمْلِكُ استخلاصَه لِنفسِه بقضاءِ دَيْنِه من مالٍ آخرَ، فكان في معنى المِلْكِ؛ ولهذا لو كان الكَسْبُ جاريةً لم يجُزْ له أنْ يتزَوّجَها فيورِثُ شُبْهةً، أو نَقولُ: إذا لم يَمْلِكْه المولى، ولا المَأذونُ يَمْلِكُه أيضًا؛ لأنّه عبدٌ مملوكٌ لا يَقْدِرُ على شيءٍ، والغُرَماءُ لا (يَمْلِكونَ أيضًا) [(٣)] فهذا مالُ مملوكٍ لا مالِكَ له مُعينٌ، فلا يجبُ القَطْعُ بسَرِقَتِه كمالِ بيتِ المالِ، وكَمالِ الغنيمةِ.

ولو سَرَقَ من مُكاتَبِه لم يُقْطَعْ؛ لأنّ كسْبَ مُكاتَبِه مِلْكُه من وجهٍ، أو فيه شُبْهةُ المِلْكِ له، ألا تَرَى أنّه لو كان جاريةً لا يَحِلُّ له أنْ يتزَوّجَها.

---

(١) في المخطوط: «يتحقق».

(٢) في المخطوط: «أصل أبي يوسف ومحمد».

(٣) في المخطوط: «يملكونه».

والمِلْكُ من وجهٍ، أو شُبْهَةُ المِلْكِ يمنعُ وُجوبَ القَطْعِ مع ما أنّ هذا مِلْكٌ موقوفٌ على المُكاتَبِ، وعلى مولاه في الحقيقةِ؛ لأنّه إنْ أدّى تبيَّنَ أنّه كان مِلْك المولى فتبَيَّنَ أنّه أخذ مالَ نفسِه، وإنْ عَجَزَ فرُدَّ في الرّقّ تبَيَّنَ أنه كان مِلْك المُكاتَبِ، فكان المِلْكُ موقوفًا للحالِ فيوجِبُ شُبْهَةً، فلا يجبُ القَطْعُ كأحدِ المُتَبايِعَيْنِ إذا سَرَقَ ما شرَطَ فيه الخيارَ، ولا قَطْعَ على مَنْ سَرَقَ من ولَدِه؛ لأنّ له في مالِ ولَدِه تأويلَ المِلْكِ، أو شُبْهَةَ المِلْكِ لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «أنتَ ومَالُكَ لأبيكَ» [(١)]، فظاهرُ الإضافةِ إليه بلام التّمليكِ يقتضي ثُبوتَ المِلْكِ له من كُلِّ وجهٍ، إلاّ أنّه لم يَثْبُتْ لِدليلٍ، ولا دليلَ في المِلْكِ من وجهٍ فيَثْبُتُ، أو يَثْبُتُ لِشُبْهةِ [(٢)] المِلْكِ، وكُلُّ ذلك يمنعُ وُجوبَ القَطْعِ؛ لأنّه يورِثُ شُبْهَةً في وُجوبِه.

(وأمّا) السّرقةُ من سائرِ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ: فلا توجِبُ القَطْعَ أيضًا لكنْ لِفَقْدِ شرطٍ آخرَ نذكرُه في موضِعِه - إنْ شاء اللّه تعالى.

ولو دخل لِصٌّ دارَ رجلٍ فأخذ ثوبًا فشَقَّه في الدّارِ نصفَيْنِ، ثُمّ أخْرَجَه وهو يُساوي عشرةَ دراهمَ مشقوقًا يُقْطَعُ في قولِهما [(٣)].

وقال ابو يوسف - رحمه الله -: «لا يُقطَعُ» ولو أخذ شاةً فذَبَحَها، ثُمّ أخْرَجَها مذبوحةً لا يُقْطَعُ بالإجماعِ.

(وجه) قولِه: أنّ السّارِقَ وُجِدَ منه سببُ ثُبوتِ المِلْكِ قبل الإخْراجِ، وهو الشَّقُّ؛ لأنّ ذلك سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ، ووُجوبُ الضَّمانِ يوجِبُ مِلْك المضمونِ من وقتِ وُجودِ السَّبَبِ على أصلِ أصحابِنا، وذلك يمنعُ وُجوبَ القَطْعِ؛ ولهذا لم يُقْطَعْ إذا كان المسروقُ شاةً فذَبَحَها، ثُمّ أخْرَجَها كذا هذا.

ولهما: أنّ السّرقةَ تَمّتْ في مِلْكِ المسروقِ منه، فيوجِبُ القَطْعَ، وإنّما قُلْنا ذلك؛ لأنّ الثّوْبَ المشقوقَ لا يَزولُ عن مِلْكِه مادامَ مُخْتارًا للعَيْنِ، وإنّما يَزولُ عند اختيارِ الضَّمانِ، فقبل الاختيارِ كان الثّوْبُ على مِلْكِه، فصار سارِقًا ثوبينِ قيمَتُهما عشرةُ دراهمَ فيُقْطَعُ، وهكذا نَقولُ [(٤)] في الشّاةِ: إنّ السّرقةَ تَمّتْ في مِلْكِ المسروقِ [منه] [(٥)] إلاّ أنّها تَمّتْ في

(١) صحيح: وقد سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «شبه».
(٣) في المخطوط: «قول أبي حنيفة ومحمد».
(٤) في المخطوط: «يقول».
(٥) ليست في المخطوط.

اللَّحْمِ، ولا قَطْعَ في اللَّحْمِ.

وقوله: وجَبَ الضَّمانُ عليه بالشَّقِّ، قُلْنا قبل الاختيارِ: ممنوعٌ، فإذا [(١)] اختارَ تَضْمينَ السّارِقِ، وسَلَّمَ الثَّوْبَ إليه لا يُقْطَعُ؛ لأنّه عند اختيارِ الضَّمانِ مَلكه من حينِ وُجودِ الشَّقِّ؛ فتَبيَّنَ أنّه [٢/ ٢٩١ب] أخْرَجَ مِلْك نفسِه عن الحِرْزِ فلا قَطْعَ عليه.

وحُكيَ عن الفقيه أبي جَعْفَرٍ الهِنْدوانيِّ - رحمه الله - أنّه قال: موضوعُ المسألةِ أنّه شَقَّ الثَّوْبَ عَرْضًا، فأمّا لو شَقَّه طولاً فلا قَطْعَ؛ لأنّه بالشَّقِّ طولاً خَرَقَه خَرْقًا مُتَفاحِشًا فيَمْلِكُه بالضَّمانِ.

وذكر ابنُ سِماعةَ أنّ السّارِقَ إذا خَرَقَ الثَّوْبَ تخريقًا مُسْتَهْلَكًا، وقيمَتُه بعدَ تخريقِه عشرةٌ: أنّه لا قَطْعَ عليه في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ - رحمهما الله - وهذا يُؤَيِّدُ قولَ الفقيه أبي جَعْفَرٍ الهِنْدوانيِّ - رحمه الله -؛ لأنّ التَّخْريقَ إذا وقَعَ استِهْلاكًا أوجَبَ استِقْرارَ الضَّمانِ، وذلك يوجِبُ مِلْك المضمونِ، وإذا لم يَقَعِ استِهْلاكًا؛ كان وُجوبُ الضَّمانِ فيه موقوفًا على اختيارِ المالِكِ، فلا يجبُ قبل الاختيارِ، فلا يَمْلِكُ المضمونَ - واللّه تعالى أعلمُ.

وعلى هذا يخرُجُ ما إذا سَرَقَ عشرةَ دراهمَ من غَريمٍ له عليه عشرةٌ أنّه لا يُقْطَعُ؛ لأنّه مَلَك المَأخوذَ بنفسِ الأخْذِ فصار قِصاصًا بحَقِّه، فلم يَبْقَ في حَقِّ هذا المالِ سارِقًا، فلا يُقْطَعُ.

ولو كان المسروقُ من خلافِ جنسِ حَقِّه يُقْطَعُ؛ لأنّه لا يَمْلِكُه بنفسِ الأخْذِ، بل بالاستِبْدالِ والبيعِ، فكان سارِقًا مِلْك غيرِه، فيُقْطَعُ كالأجنبيِّ إلاّ إذا قال: أخَذْتُه لأجلِ حَقّي على ما نذكرُ، وههنا جنسٌ من المَسائلِ يُمْكِنُ تخريجُها إلى أصلٍ آخرَ هو أولى بالتَّخْريجِ عليه، وسَنذكرُه - إنْ شاء اللّه تعالى بعدُ.

ومنها: أنْ يكونَ معصومًا ليس لِلسّارِقِ فيه حَقُّ الأخْذِ، ولا تأويلُ الأخْذِ، ولا شُبْهةُ التَّناوُلِ؛ لأنّ القَطْعَ عُقوبةٌ مَحْضةٌ فيَسْتَدْعي جنايةً مَحْضةً، وأخْذُ غيرِ المعصومِ لا يكونُ جنايةً أصلاً، وما فيه تأويلُ التَّناوُلِ، أو شُبْهةُ التَّناوُلِ لا يكونُ جنايةً مَحْضةً، فلا تُناسبُه

---

(١) في المخطوط: «ولذا».

العُقوبةُ المَحْضةُ، ولأنّ ما ليس بمعصومٍ يُؤخَذُ مُجاهَرةً لا مُخافَتةً فيتمَكّنُ الخلَلُ في رُكْنِ السّرقةِ.

وإذا عُرِفَ هذا فنقولُ وبالله التوفيق: لا قَطْعَ في سائرِ المُباحاتِ التي لا يَمْلِكُها أحدٌ، ولا في المُباح المملوكِ، وهو مالُ الحربيِّ في دارِ الحربِ.

(وأمّا) مالُ الحربيِّ المُسْتأمَنِ في دارِ الإسلامِ، فلا قَطْعَ فيه استحسانًا، والقياسُ أنْ يُقْطَعَ.

(وجه) القياس: أنّه سَرَقَ مالاً معصومًا؛ لأنّ الحربيَّ استَفادَ العِصْمةَ بالأمانِ بمنزلةِ الذِّمّيِّ؛ ولهذا كان مضمونًا بالإتلافِ كمالِ الذِّمّيِّ.

(وجه) الاستحسانِ: أنّ هذا مالٌ فيه شُبْهةُ الإباحةِ؛ لأنّ الحربيَّ المُسْتأمَنَ من أهلِ دارِ الحربِ، وإنّما دخل دارَ الإسلامِ ليَقْضيَ بعضَ حَوائجِه، ثُمّ يَعودَ عن قَريبٍ، فكونُه من أهلِ دارِ الحربِ يورِثُ شُبْهةَ الإباحةِ في مالِه؛ ولهذا أورَثَ شُبْهةَ الإباحةِ في دَمِه حتّى لا يُقْتَلَ به المُؤمِنُ قِصاصًا؛ ولأنّه كان مُباحًا، وإنّما تَثْبُتُ العِصْمةُ بعارِضِ أمانٍ هو على شرَفِ الزّوالِ، فعند الزّوالِ يَظْهَرُ أنّ العِصْمةَ لم تَكُنْ على الأصلِ المعهودِ: أنّ كُلَّ عارِضٍ على أصلٍ إذا زالَ؛ يُلْحَقُ بالعدَمِ من الأصلِ كأنّه لم يكنْ فيُجْعَلَ كأنّ العِصْمةَ لم تَكُنْ ثابِتةً، بخلافِ الذِّمّيِّ؛ لأنّه من أهلِ دارِ الإسلامِ، قد استَفادَ العِصْمةَ بأمانٍ مُؤَبّدٍ، فكان معصومَ الدّمِ والمالِ عِصْمةً مُطْلَقةً، ليس فيها شُبْهةُ الإباحةِ، وبخلافِ ضمانِ المالِ؛ لأنّ الشُّبْهةَ لا تمنَعُ وُجوبَ ضمانِ المالِ لأنّه حَقُّ العبدِ، وحُقوقُ العِبادِ لا تسقُطُ بالشُّبُهاتِ، وكذا لا قَطْعَ على الحربيِّ المُسْتأمَنِ في سَرِقةِ مالِ المسلمِ، أو الذِّمّيِّ عند أبي حنيفة ومحمّدٍ - رحمهما الله - لأنّه أخذه على اعتِقادِه الإباحةَ، ولِذا لم يَلْتَزِمْ أحكامَ الإسلامِ.

وعند أبي يوسف: يُقْطَعُ، والخلافُ فيه كالخلافِ في حَدِّ الزّنا.

ولا يُقْطَعُ العادِلُ في سَرِقةِ مالِ الباغي؛ لأنّ مالَه ليس بمعصومٍ في حَقِّه كنفسِه، ولا الباغي في سَرِقةِ مالِ العادِلِ؛ لأنّه أخذه عن تأويلٍ، وتأويلُه، وإنْ كان فاسدًا، لكنّ التّأويلَ الفاسدَ عند انضِمامِ المَنَعةِ إليه مُلْحَقٌ بالتّأويلِ الصّحيحِ في منعِ وُجوبِ القَطْعِ؛ ولهذا أُلْحِقَ به في حَقِّ (منعِ وُجوبِ القِصاصِ)[1] والحدِّ - واللّه تعالى أعلمُ.

(١) في المخطوط: «وجوب منع القصاص».

وعلى هذا تُخَرّج السّرقةُ من الغريمِ، وجُمْلةُ الكَلامِ فيه: أنّ الأمرَ لا يخلو:

إمّا أنْ كان سَرَقَ منه من جنسِ حَقّه.

وإمّا أنْ كان سَرَقَ منه خلافَ جنسِ حَقّه.

فإنْ سَرَقَ جنسَ حَقّه بأنْ سَرَقَ منه عشرةَ [دراهمَ] [١]، وله عليه عشرةٌ فإنْ كان دَيْنُه عليه حالاً - لا يُقْطَعُ؛ لأنّ الأخْذَ مُباحٌ له لأنّه ظَفَرَ بجنسِ حَقّه، ومَنْ له الحقُّ إذا ظَفَرَ بجنسِ حَقّه؛ يُباحُ له أخْذُه، وإذا أخذه يَصيرُ مُسْتَوْفيًا حَقَّه.

وكذلك إذا سَرَقَ منه أكثرَ من مقدارِ حَقّه؛ لأنّ بعضَ المَأخوذِ حَقُّه على الشُّيوعِ، ولا قَطْعَ فيه، فكذا في الباقي - كما إذا سَرَقَ مالاً مشترَكًا - وإنْ كان دَيْنُه مُؤَجّلاً فالقياسُ أنْ يُقْطَعَ، وفي الاستحسانِ لا يُقْطَعُ.

(وجه) القياس أنّ الدَّيْنَ إذا كان مُؤَجّلاً فليس له حَقُّ الأخْذِ قبل حُلولِ الأجَلِ ألا تَرَى أنّ للغَريمِ أنْ يَسْتَرِدَّه منه فصار كما لو سَرَقَه أجنبيٌّ.

(وجه) الاستحسانِ: أنّ حَقَّ الأخْذِ إنْ لم يَثْبُتْ قبل حِلِّ الأجَلِ؛ فسببُ ثُبوتِ حَقِّ الأخْذِ قائمٌ، وهو الدَّيْنُ؛ لأنّ تأثيرَ التّأجيلِ في تأخيرِ المُطالَبةِ لا في سُقوطِ الدَّيْنِ، فقيامُ سببِ ثُبوتِه يورِثُ الشُّبْهَةَ، وإنْ سَرَقَ خلافَ جنسِ حَقّه بأنْ كان عليه دراهمُ فسَرَقَ منه دَنانيرَ، أو عُروضًا قُطِعَ، هَكذا أطْلَقَ الكَرْخيُّ - رحمه الله.

وذكر في كتابِ [٢/ ٢٩٢أ] السّرقةِ أنّه إذا سَرَقَ العروضَ، ثُمّ قال أخَذْتُ لأجلِ حَقّي لا يُقْطَعُ فيُحْمَلُ مُطْلَقُ قولِ الكَرْخيِّ على المُطْلَقِ، وهو ما إذا سَرَقَ، ولم يَقُلْ: أخَذْتُ لأجلِ حَقّي؛ لأنّه إذا لم يَقُلْ فقد أخذ مالاً ليس له حَقُّ أخْذِه ألا تَرَى أنّه لا يَصيرُ قِصاصًا إلاّ بالاستِبْدالِ والتّراضي، ولم يتأوّلِ الأخْذَ أيضًا، فكان أخْذُه بغيرِ حَقٍّ ولا شُبْهةِ حَقٍّ [٢]، وهذا يَدُلُّ على أنّه لا يُعيدُ، بخلافِ قولِ مَنْ يقولُ من الفُقَهاءِ: إنّ لِصاحبِ الحقِّ إذا ظَفَرَ، بخلافِ جنسِ حَقّه أنْ يأخذَه؛ لأنّه قولٌ لم يَقُلْ به أحدٌ من السَّلَفِ فلا يُعْتَبَرُ خلافًا مُؤذِنًا [٣] لِلشُّبْهةِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الحق».

(٣) في المخطوط: «مورثا».

وإذا قال: أَخَذْتُ لأجلِ حَقّي فقد أخذه مُتأوِّلاً؛ لأنّه اعتَبَرَ المعنى، وهي [(١)] الماليّةُ لا الصّورةُ، والأموالُ كُلُّها في معنى الماليّةِ مُتجانِسةٌ، فكان أخْذًا عن تأويلٍ فلا يُقْطَعُ ولو أخذ صِنْفًا من الدَّراهمِ أجوَدَ من حَقِّه، أو أردأ لم يُقْطَعْ؛ لأنّ المَأخوذَ من جنسِ حَقِّه من حيث الأصل، وإنّما خالَفَه من حيث الوصْف ألا تَرَى أنّه لو رَضيَ به يَصيرُ مُسْتَوْفيًا حَقَّه، ولا يكونُ مُسْتَبْدِلاً حتّى يجوزَ في الصّرْفِ والسَّلَم، مع أنّ الاستِبْدالَ ببَدَلِ الصّرْفِ، والسَّلَمِ لا يجوزُ، وإذا كان المَأخوذُ من جنسِ [(٢)] حَقِّه من حيث الأصل تَثْبُتُ شُبْهةُ حَقِّ الأخْذِ فيَلْحَقُ بالحقيقةِ في بابِ الحدِّ كما في الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ.

ولو سَرَقَ حُليًّا من فضّةٍ، وعليه دراهمُ، أو حُليًّا من ذهبٍ، وعليه دَنانيرُ يُقْطَعُ؛ لأنّ هذا لا يَصيرُ قِصاصًا من حَقِّه إلاّ بالمُراضاةِ، ويكونُ ذلك بيعًا، واستِبْدالاً فأشبَهَ العُروضَ، وإنْ كان السّارِقُ قد استَهْلَكَ العُروضَ أو الحُليَّ، ووَجَبَتْ عليه قيمَتُه، وهو مثلُ الذي عليه من العيْنِ فإنّ هذا يُقْطَعُ أيضًا؛ لأنّ المَقاصِدَ [(٣)] إنّما تقعُ بعدَ الاستِهْلاكِ فلا يوجِبُ سقوط القَطْعِ.

ولو سَرَقَ مُكاتَبٌ أو عبدٌ من غَريمِ مولاه يُقْطَعُ؛ لأنّه ليس له حَقُّ قبضِ دَيْنِ المولى من غيرِ أمرِه؛ فصار كالأجنبيِّ حتّى لو كان المولى وكَّلَه بقبضِ الدَّيْنِ لا يُقْطَعُ لِثُبوتِ حَقِّ القبضِ له بالوكالةِ، فصار كصاحبِ الدَّيْنِ.

ولو سَرَقَ من غَريمِ مُكاتَبِه، أو من غَريمِ عبدِه المَأذونِ فإنْ لم يكنْ على العبدِ دَيْنٌ لم يُقْطَعْ؛ لأنّ ذلك مِلْكُ مولاه، فكان له حَقُّ أخْذِه، وإنْ كان عليه دَيْنٌ قُطِعَ؛ لأنّه ليس له حَقُّ القبضِ؛ فصار كالأجنبيِّ.

ولو سَرَقَ من غَريمِ أبيه، أو ولَدِه يُقْطَعُ؛ لأنّه لا حَقَّ له فيه، ولا في قبضِه، إلاّ إذا كان غَريمُ ولَدِه الصّغيرِ فلا يُقْطَعُ؛ لأنّ حَقَّ القبضِ له كما في دَيْنِ نفسِه، واللَّه تعالى أعلمُ.

وعلى هذا أيضًا يُخَرَّج سَرِقةُ المُصْحَفِ على أصلِ أبي حنيفةَ أنّه لا قَطْعَ فيه؛ لأنّ له تأويلُ الأخْذِ إذِ النّاسُ لا يَضِنّونَ ببَذْلِ المَصاحفِ الشَّريفةِ لِقِراءةِ القُرْآنِ العظيمِ عادةً فأخذه [(٤)] الآخِذُ مُتأوِّلاً.

---

(١) في المخطوط: «هو».
(٢) في المخطوط: «جنسه».
(٣) في المخطوط: «المقاصة».
(٤) في المخطوط: «وأخذة».

وكذلك سَرِقةُ البرْبَطِ [١]، والطَّبْلِ، والمِزْمارِ، وجميعِ آلاتِ المَلاهي؛ لأنّ آخِذَها يتأوّلُ أنّه يأخذُها لِمنعِ المالِكِ عن المعصيةِ، ونَهْيِه عن المُنْكَرِ، وذلك مَأمورٌ به شرْعًا، وكذلك سَرِقةُ شِطْرَنْجِ ذهبٍ أو فضّةٍ؛ لِما قُلْنا، وكذلك سَرِقةُ صَليبٍ، أو صَنَمٍ من فضّةٍ من حِرْزٍ؛ لأنّه يتأوّلُ أنّه أخذه للكَسْرِ.

(وأمّا) الدَّراهمُ التي عليها التّماثيلُ فيُقْطَعُ فيها؛ لأنّها لا تُعْبَدُ عادةً فلا تأويلَ له في الأخْذِ للمنعِ من العِبادةِ فيُقْطَعُ، وعلى هذا يُخَرّج ما إذا قُطِعَ سارِقٌ في مالٍ، ثُمّ سَرَقَه منه سارِقٌ آخرُ أنّه لا يُقْطَعُ؛ لأنّ المسروقَ ليس بمعصومٍ في حَقِّ المسروقِ منه، ولا مُتَقَوِّمٍ في حَقِّه لِسُقوطِ عِصْمَتِه، وتَقَوُّمُه في حَقِّه بالقَطْعِ، ولأنّ كونَ يَدِ المسروقِ منه يَدًا صَحيحةً؛ شُرِطَ وُجوبُ القَطْعِ، ويَدُ السّارِقِ ليستْ يَدًا صَحيحةً؛ لِما نذكرُه إنْ شاء اللّٰه تعالى.

ولو سَرَقَ مالاً فقُطِعَ فيه فرَدَّه إلى المالِكِ، ثُمّ عادَ فسَرَقَه منه ثانيًا فجُمْلةُ الكَلامِ فيه أنّ المردودَ لا يخلو: إمّا أنْ كان على حالِه لم يتغَيَّرْ، وإمّا أنْ أحدَثَ المالِكُ فيه ما يوجِبُ تَغَيُّرَه، فإنْ كان على حالِه لم يُقْطَعِ استحسانًا [٢]، والقياسُ أنْ يُقْطَعَ، وهو روايةُ الحسنِ عن أبي يوسفَ، وبِه أخذ الشّافعيُّ [٣] - رحمهم الله -.

(أمّا) الكَلامُ مع الشّافعيِّ - رحمه الله - فمَبنيٌّ على أنّ العِصْمةَ الثّابِتةَ للمسروقِ حَقًّا للعبدِ قد سَقَطَتْ عند السّرقةِ الأولى لِضرورةِ وُجوبِ القَطْعِ على أصلِنا، وعلى أصلِه لم تسقُطْ، بل بَقِيَتْ على ما كانت، وسَنذكرُ تقريرَ هذا الأصلِ في موضِعِه إنْ شاء اللّٰه تعالى.

(وأمّا) الكَلامُ مع أبي يوسفَ (وجه) ما رَوى أنّ المَحَلَّ وإنْ سَقَطَتْ قيمَتُه الثّابِتةُ حَقًّا للمالِكيّةِ [٤] في السّرقةِ الأولى فقد عادَتْ بالرَّدِّ إلى المالِكِ، ألا تَرى أنّها عادَتْ في حَقِّ الضّمانِ، حتّى لو أتْلَفَه السّارِقُ يضمنُ فكذا في حَقِّ القَطْعِ.

(ولَنا) أنّ العِصْمةَ، وإنْ عادَتْ بالرَّدِّ لكنْ مع شُبْهةِ العَدَمِ؛ لأنّ السُّقوطَ لِضرورةِ

---

(١) البربط: من ملاهي العجم، وهو يشبه العود، انظر: اللسان (٧/ ٢٥٨).

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٧١)، شرح فتح القدير (٥/ ٣٧٨)، الاختيار (٤/ ١١١)، البناية (٦/ ٤٠٩).

(٣) ومذهب الشافعية: أن من سرق عينًا فقطع، ثم سرقها ثانية، قطع ثانيًا وهكذا ثالثًا ورابعًا. انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٠٧)، الوسيط (٦/ ٤٦٦)، الروضة (١٠/ ١٢١).

(٤) في المخطوط: «لمالكه».

وُجوبِ القَطْعِ، وأثَرُ القَطْعِ قائمٌ بعدَ الرَّدِّ فيورِثُ شُبْهَةً في العِصْمةِ؛ ولأنّه سَقَطَ تَقَوُّمُ المسروقِ في حَقِّ السّارِقِ بالقَطْعِ في السّرقةِ الأولى.

ألا تَرَى أنّه لو أتْلَفَه لا يضمنُ، وأثَرُ القَطْعِ بعدَ الرَّدِّ قائمٌ فيورِثُ شُبْهَةَ عَدَمِ التّقَوُّمِ في حَقِّه فيمنعُ وُجوبَ القَطْعِ، ولا يمنعُ وُجوبَ [٢/ ٢٩٢ب] الضّمانِ؛ لأنّ الضّمانَ لا يَسْقُطُ بالشُّبْهةِ؛ لِما بَيّنّا.

هذا إذا كان المردودُ على حالِه لم يتغَيّرْ، (فأمّا) إذا أحدَثَ المالِكُ فيه حَدَثًا يوجِبُ تَغَيُّرَه عن حالِه، ثُمّ سَرَقَه السّارِقُ الأوّلُ، فالأصلُ فيه أنّه لو فعَلَ فيه ما لو فعَلَه الغاصِبُ [1] في المغصوبِ لَأوجَبَ انقِطاعَ حَقِّ المالِكِ يُقْطَعُ، وإلاّ فلا؛ لأنّه إذا فعَلَ ذلك فقد تبَدَّلَتِ العيْنُ، وتَصيرُ في حُكْمِ عَيْنٍ أُخرى، وإذا لم يَفْعَلْ لم تَتَبَدَّلْ.

وعلى هذا يُخرّج ما إذا سَرَقَ غَزْلاً فقُطِعَ فيه، ورُدَّ إلى المالِكِ فنسَجَه ثوبًا فعادَ فسَرَقَه أنّه يُقْطَعُ؛ لأنّ المسروقَ قد تبَدَّلَ، ألا تَرَى أنّه لو كان مَغْصوبًا لا يُقْطَعُ حَقُّ المالِكِ، ولو سَرَقَ ثوبَ خزٍّ فقُطِعَ فيه، ورُدَّ إلى المالِكِ فنقضه فسَرَقَ النّقْضَ لم يُقْطَعْ؛ لأنّ العيْنَ لم تتَبَدَّلْ.

ألا تَرَى أنّه لو فعَلَه الغاصِبُ لا يَنْقَطِعُ حَقُّ المالِكِ، ولو نَقَضه المالِكُ، ثُمّ غزَلَه غَزْلاً، ثُمّ سَرَقَه السّارِقُ لم يُقْطَعْ؛ لأنّ هذا لو وُجِدَ من الغاصِبِ لا يَنْقَطِعُ حَقُّ المغصوبِ منه فيَدُلُّ على تبَدُّلِ العيْنِ.

ولو سَرَقَ بَقَرةً فقُطِعَ فيها، ورَدَّها على المالِكِ فولدَتْ ولَدًا ثُمّ سَرَقَ الولدَ يُقْطَعُ؛ لأنّ الولدَ عَيْنٌ أُخرى لم يُقْطَعْ فيها، فيُقْطَعُ بسَرِقَتِها، وعلى هذا يُخرّج جنسُ هذه المَسائلِ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

(ومنها): أنْ يكونَ مُحْرَزًا مُطْلَقًا خاليًا عن شُبْهةِ العدَمِ مقصودًا بالحِرْزِ، والأصلُ في اعتِبارِ شرطِ الحِرْزِ ما رُوِيَ فِي المُوَطَّإِ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنه قَالَ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، وَلَا فِي حَرِيسةِ جَبَلٍ، فَإِذَا آوَاه المُرَاحُ، أَو الجرِينُ فالقَطْعُ فِيمَا بَلَغَ ثَمَنَ المِجَنِّ» [2].

---

(١) في المخطوط: «للغاصب».

(٢) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه، برقم (٤٣٩٠)، والنسائي، برقم (٤٩٥٧)، وابن ماجه نحوه، برقم (٢٥٩٦)، وأحمد، برقم (٦٨٩٧)، من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما. انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٦٠٣٨).

وَرُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قَالَ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ ولَا كثَرٍ حتّى يُؤوِيَه الجرِينُ، فإذَا آواه الجرِينُ ففِيه القَطْعُ»[(١)] عَلَّقَ عليه الصلاة والسلام القَطْعَ بإيواءِ المُراح، والمُراحُ حِرْزُ الإبِلِ، والبقَرِ، والغنَم، والجرينُ حِرْزُ الثّمرِ فدل[(٢)]، [على][(٣)] أنّ الحِرْزَ شرطٌ، ولأنّ رُكْنَ السّرقةِ هو الأخْذُ على سَبيلِ الاستخفاءِ، والأخْذُ من غيرِ حِرْزٍ لا يحتاجُ إلى الاستخفاءِ، فلا يتحَقّقُ رُكْنُ السّرقةِ؛ لأنّ القَطْعَ وجَبَ لِصيانةِ الأموالِ على أربابِها قَطْعًا لأطْماعِ السُّرّاقِ[(٤)] عن أموالِ النّاس، والأطْماعُ إنّما تَميلُ[(٥)] إلى ما له خَطَرٌ في القُلوبِ، وغيرُ المُحَرَّزِ لا خَطَرَ له في القُلوبِ عادةً، فلا تَميلُ[(٦)] الأطْماعُ إليه، فلا حاجةَ إلى الصّيانةِ بالقَطْعِ، وبِهذا لم يُقْطَعْ فيما دونَ النِّصابِ، وما ليس بمالٍ مُتقَوّمٍ مُحْتَمَلِ الادِّخارَ.

ثمّ الحِرزُ نوعانِ: حِرْزٌ بنفسِه، وحِرْزٌ بغيرِه.

(أمّا) الحِرزُ بنفسِه فهو: كُلُّ بُقْعةٍ مُعَدّةٍ للإحرازِ ممنوعةِ الدُّخولِ فيها إلاّ بالإذنِ: كالدّورِ، والحوانيتِ، والخيَمِ، والفساطيطِ، والخزائنِ، والصّناديقِ.

(وأمّا) الحِرزُ بغيرِه: فكُلُّ مكان غيرُ مُعَدٍّ للإحرازِ يُدْخَلُ[(٧)] إليه بلا إذنٍ، ولا يُمْنَعُ منه كالمَساجدِ، والطُّرُقِ، وحُكْمُه حُكْمُ الصّحْراءِ إنْ لم يكنْ هناك حافِظٌ، وإنْ كان هناك حافِظٌ فهو حِرْزٌ؛ لهذا سُمّيَ حِرْزًا بغيرِه حيث وقَفَ صَيْرورَتُه حِرْزًا على وُجودِ غيرِه[(٨)]، وهو الحافِظُ، وما كان حِرْزًا بنفسِه لا يُشترَطُ فيه وُجودُ الحافِظِ لِصَيْرورَتِه حِرْزًا.

ولو وُجِدَ فلا عِبْرةَ بوُجودِه، بل وُجودُه والعدَمُ سواءٌ[(٩)]، وكُلُّ واحدٍ من الحِرْزَيْنِ مُعْتَبَرٌ بنفسِه على حيالِه بدونِ صاحبِه؛ لأنّه عليه الصلاة والسلام عَلَّقَ القَطْعَ بإيواءِ المُراح والجرينِ من غيرِ شرطِ وُجودِ الحافِظِ.

ورويَ أنّ صَفْوانَ رضي الله عنه كان نائمًا في المسجدِ مُتَوَسِّدًا برِدائه فسَرَقَه سارِقٌ من

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «فيدل».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «السارق».
(٥) في المخطوط: «تميد».
(٦) في المخطوط: «تمتد».
(٧) في المخطوط: «تدخل».
(٨) في المخطوط: «غير».
(٩) في المخطوط: «بمنزلة واحدة».

تَحْتِ رأسِه فقَطَعَه رسولُ اللَّه ﷺ [(١)]، ولم يَعْتَبِرِ الحِرْزَ بنفسِه، فدَلَّ أنّ كُلَّ واحدٍ من نوعَي الحِرْزِ مُعْتَبَرٌ بنفسِه، فإذا سَرَقَ من النّوْعِ الأوّلِ يُقْطَعُ سواءٌ كان ثَمّةَ حافِظٌ أو لا، لِوُجودِ الأخْذِ من الحِرْزِ، وسواءٌ كان مُغْلَقَ البابِ، أو لا بابَ له بعدَ أنْ كان مَحْجوزًا بالبِناءِ؛ لأنّ البِناءَ يُقْصَدُ به الإحرازُ كيْفَ ما كان، وإذا سَرَقَ من النّوْعِ الثّاني يُقْطَعُ إذا كان الحافِظُ قَريبًا منه في مكان يُمْكِنُه حِفْظُه، ويُحْفَظُ في مثلِه المسروقُ عادةً، وسواءٌ كان الحافِظُ مُسْتَيْقِظًا في ذلك المكانِ أو نائمًا؛ لأنّ الإنسانَ يَقْصِدُ الحِفْظَ في الحالينِ جميعًا، ولا يُمْكِنُ الأخْذُ إلاّ بفعلِه [فيه] [(٢)].

ألا تَرَى أنّه ﷺ قَطعَ سارِقَ صَفْوانَ، وصَفْوانُ كان نائمًا.

ولو أُذِنَ لإنسانٍ بالدُّخولِ في دارِه فسَرَقَ المَأذونُ له بالدُّخولِ شيئًا منها لم يُقْطَعْ، وإنْ كان فيها حافِظٌ، أو كان صاحبُ المنزلِ نائمًا عليه؛ لأنّ الدّارَ حِرْزٌ بنفسِها لا بالحافِظِ، وقد خرجتْ من أنْ تكونَ حِرْزًا بالإذنِ، فلا يُعْتَبَرُ وُجودُ الحافِظِ؛ ولأنّه لَمّا أُذِنَ له بالدُّخولِ فقد صار في حُكْمِ أهلِ الدّارِ، فإذا أخذ شيئًا فهو خائنٌ.

وقد رُوِيَ عن رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ: «لَا قَطْعَ على خَائنٍ» [(٣)]، وكذلك لو سَرَقَ من بعضِ بُيوتِ الدّارِ المَأذونِ في دُخولِها، وهو مُقْفَلٌ، أو من صُنْدوقٍ في الدّارِ، أو من صُنْدوقٍ في بعضِ البيوتِ، وهو مُقْفَلٌ عليه إذا كان البيتُ من جُمْلةِ الدّارِ المَأذونِ في دُخولِها؛ لأنّ الدّارَ الواحدةَ حِرْزٌ واحدٌ قد خرجتْ [٢/ ٢٩٣أ] بالإذنِ له من أنْ تكونَ حِرْزًا في حَقِّه فكذلك بُيوتُها، وما روِيَ أنّ أسوَدَ باتَ عند سَيِّدِنا أبي بَكْرٍ الصِّدّيقِ رضي الله عنه فسَرَقَ حُلِيًّا لهم، فيُحْتَمَلُ أنْ يكونَ مسروقًا [(٤)] من دارِ النِّساءِ لا من دارِ الرِّجالِ، والدّارانِ المُخْتَلِفانِ إذا أُذِنَ بالدُّخولِ في إحداهما لا تَصيرُ الأُخرى مَأذونًا

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب: من سرق من حرز، برقم (٤٣٩٤)، والنسائي، برقم (٤٨٨٤)، وابن ماجه، برقم (٢٥٩٥)، من حديث عبدالله بن عباس رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل، رقم (٢٤١٥).

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الحدود، باب: القطع في الخلسة والخيانة، برقم (٤٣٩٢)، والترمذي، برقم (١٤٤٨)، والنسائي، برقم (٤٩٧١)، وابن ماجه، برقم (٢٥٩١)، وأحمد، برقم (١٤٦٥٢)، من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٥٤٠٢).

(٤) في المخطوط: «سرق».

بالدُّخولِ فيها، والمُحْتَمَلُ لا يكونُ حُجّةً.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه قال في رجلٍ كان في حَمّامٍ أو خانٍ، وثيابُه تحت رأسِه فسَرَقَها سارِقٌ: إنّه لا قَطْعَ عليه، سواءٌ كان نائمًا أو يَقْظانًا، وإنْ كان في صَحْراءَ، وثوبُه تحت رأسِه قُطِعَ.

وكذلك رويَ عن محمّدٍ في رجلٍ سَرَقَ من رجلٍ، وهو معه في الحمّام، أو سَرَقَ من رجلٍ، وهو معه في سفينةٍ، أو نَزَلَ قَوْمٌ في خانٍ فسَرَقَ بعضُهم من بعضٍ أنّه لا قَطْعَ على السّارِقِ، وكذلك الحانوتُ؛ لأنّ الحمّامَ، والخانَ، والحانوتَ كُلُّ واحدٍ حِرْزٌ بنفسِه، فإذا [(١)] أذِنَ لِلنّاس [(٢)] في دُخولِه خرج من أنْ يكونَ حِرْزًا، فلا يُعْتَبَرُ فيه الحافِظُ فلا يَصيرُ حِرْزًا بالحافِظِ؛ ولهذا قالوا: إذا سَرَقَ من الحمّامِ ليلاً يُقْطَعُ؛ لأنّ النّاسَ لم يُؤذَنوا بالدُّخولِ فيه ليلاً فأمّا الصّحْراءُ أو المسجِدُ - وإنْ كان مَأذونَ الدُّخولِ إليه - فليس حِرْزًا بنفسِه، بل بالحافِظِ، ولم يوجدِ الإذنُ من الحافِظِ، فلا يَبْطُلُ معنى الحِرْزِ فيه.

وقالوا في السّارِقِ من المسجِدِ: إذا كان ثَمّةَ حافِظٌ يُقْطَعُ [(٣)]، وإنْ لم يخرُجْ من المسجِدِ؛ لأنّ المسجِدَ ليس بحِرْزٍ بنفسِه، بل بالحافِظِ، فكانت البقْعةُ التي فيها الحافِظُ هي الحِرْزُ لا كُلُّ المسجِدِ فإذا انفَصَلَ منها فقد انفَصَلَ من الحِرْزِ فيُقْطَعُ.

(فأمّا) الدّارُ، فإنّما صارت حِرْزًا بالبِناءِ، فما لم يخرُجْ منها لم يوجدِ الانفِصالُ من الحِرْزِ.

ورُوِيَ عن محمّدٍ في رجلٍ سَرَقَ في السّوقِ من حانوتٍ فتحه ربُّ [(٤)] الحانوتُ، وقَعَدَ للبيعِ، وأُذِنَ لِلنّاس بالدُّخولِ فيه أنّه لم يُقْطَعْ.

وكذلك لو سُرِقَ منه وهو مُغْلَقٌ على شيءٍ لم يُقْطَعْ، لأنّه لَمّا أُذِنَ لِلنّاس بالدُّخولِ فيه فقد أُخْرِجَ الحانوتُ من أنْ يكونَ حِرْزًا في حَقِّهم.

وكذلك إنْ أخذ من بيتٍ فيه [(٥)]، أو صُنْدوق فيه مُقْفَلٌ؛ لأنّ الحانوتَ كُلَّه حِرْزٌ واحدٌ كالدّارِ على ما مَرَّ.

---

(١) في المخطوط: «فإن».
(٢) في المخطوط: «الناس».
(٣) في المخطوط: «فيقطع».
(٤) في المطبوع: «فتخرَّبَ».
(٥) في المطبوع: «قُبّة».

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ - رحمه الله - أنّه قال في رجلٍ بأرضٍ فلاةٍ، ومعه جوالِقُ وضَعَه، ونامَ عنده يحفَظُه فسَرَقَ منه رجلٌ شيئًا، أو سَرَقَ الجوالِقَ: فإنّي أقطَعُه؛ لأنّ الجوالِقَ بما فيها مُحْرَزٌ بالحافِظِ فيَسْتَوي أخْذُ جميعِه، وأخْذُ بعضِه، وكذلك إذا سَرَقَ فُسْطاطًا مَلْفوفًا قد وضَعَه ونامَ عنده يحفَظُه أنّه يُقْطَعُ، وإنْ كان مضروبًا لم يُقْطَعْ؛ لأنّه إذا كان مَلْفوفًا كان مُحْرَزًا بالحافِظِ كالبابِ المقلوعِ إذا كان في الدّارِ فسَرَقَه سارِقٌ، وإذا كان الفُسْطاطُ مضروبًا كان حِرْزًا بنفسِه فإذا سَرَقَه فقد سَرَقَ نفسَ الحِرْزِ، ونفسُ الحِرْزِ ليس في الحِرْزِ فلا يُقْطَعُ كسارِقِ بابِ الدّارِ.

ولو كان الجوالِقُ على ظَهْرِ دابّةٍ فشَقَّ الجوالِقَ، وأخْرَجَ المَتاعَ يُقْطَعُ؛ لأنّ الجوالِقَ حِرْزٌ؛ لِما فيه [(١)]، وإنْ أخذ الجوالِقَ كما هي لم يُقْطَعْ؛ لأنّه أخذ نفسَ الحِرْزِ، وكذلك إذا [(٢)] سَرَقَ الجمَلَ مع الجوالِقِ؛ لأنّ الحِمْلَ لا يوضَعُ على الجمَلِ للحِفْظِ، بل للحَمْلِ؛ لأنّ الجمَلَ ليس بمُحْرِزٍ، وإنْ رَكِبَه صاحبُه فلم يكنِ الجمَلُ حِرْزًا للجوالِقِ فإذا أخذ الجوالِقَ فقد أخذ نفسَ الحِرْزِ.

ولو سَرَقَ من المَراعي بَعيرًا، أو بَقَرةً، أو شاةً لم يُقْطَعْ سواءٌ كان الرّاعي معها، أو لم يكنْ، وإنْ سَرَقَ من العطَنِ، أو المُراح الذي يأوي إليه يُقْطَعُ إذا كان معها حافِظٌ، أو ليس معها حافِظٌ، غيرَ أنّ البابَ مُغْلَقٌ فكَسَرَ البابَ، ثُمّ دخل فسَرَقَ بَقرةً قادَها قَوْدًا حتّى أخْرَجَها أو ساقَها سَوْقًا حتّى أخْرَجَها، أو رَكِبَها حتّى أخْرَجَها؛ لأنّ المَراعيَ ليستْ بحِرْزٍ للمَواشي. وإنْ كان الرّاعي معها؛ لأنّ الحِفْظَ لا يكونُ مقصودًا من الرَّعْيِ، وإنْ كان قد يحصُلُ به؛ لأنّ المَواشيَ لا تُجْعَلُ في مَراعيها للحِفْظِ، بل لِلرَّعْيِ فلم يوجدِ الأخْذُ من حِرْزٍ، بخلافِ العطَنِ، أو المُراح فإنّ ذلك يُقْصَدُ به الحِفْظُ، ووُضِعَ له، فكان حِرْزًا، وقالَ عليه الصلاة والسلام: «فِي حَريسةِ الجبَلِ غَرامةُ مثليها [(٣)]، وجَلَدَاتُ نَكالاً» [(٤)] فإذا أواها المُراحُ، وبَلَغَتْ قيمَتُها ثَمَنَ المِجَنِّ ففيها القَطْعُ، واللّه تعالى أعلمُ.

---

(١) في المخطوط: «فيها».
(٢) في المخطوط: «إن».
(٣) في المخطوط: «مثلها».
(٤) حسن: رواه النسائي في الكبرى، (٤/ ٣٤٤)، برقم (٧٤٤٧) ورواه الحاكم في المستدرك، (٤/ ١٥٢)، برقم (٧٤٣٠) والبيهقي، (٤/ ١٥٢) من حديث عمروبن شعيب عن أبيه عن جده رضي‌الله عنه، وانظر صحيح الجامع حديث رقم (٧٣٩٨).

ولا يُقْطَعُ عبدٌ في سَرِقةٍ من مولاه مُكاتَبًا كان العبدُ، أو مُدَبَّرًا، أو تاجرًا عليه دَيْنٌ، أو أُمُّ ولَدٍ سَرَقَتْ من مالِ مولاها؛ لأنّ هَؤُلاءِ مَأذونونَ بالدُّخولِ في بُيوتِ ساداتِهم للخِدْمةِ فلم يكنْ بيتُ مولاهم حِرْزًا في حَقِّهم.

وذكر في الموَطَّأِ أنّ عبدَ اللّه ابنَ - سَيِّدِنا - عُمَرَ، والحضْرَميَّ جاءا إلى عُمَرَ رضي الله عنه بعبدٍ له فقال: اقْطَعْ هذا فإنّه سَرَقَ فقال: وما سَرَقَ قال: مِرْآةً لامرأتي ثَمَنُها سِتّونَ درهمًا فقال - سَيِّدُنا - عُمَرُ رضي الله عنه: أرسِلْه ليس عليه قَطْعٌ، خادِمُكُمْ سَرَقَ مَتاعَكُمْ [١]، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ؛ فيكونَ إجماعًا.

ولا قَطْعَ على خادِمِ قَوْمٍ سَرَقَ مَتاعَهم، ولا على ضَيْفٍ سَرَقَ مَتاعَ مَنْ أضافَه، ولا على أجيرٍ سَرَقَ من موضِعٍ أُذِنَ له في دُخولِه؛ لأنّ الإذنَ بالدُّخولِ أخْرَجَ الموضِعَ من أنْ يكونَ [٢/ ٢٩٣ب] حِرْزًا في حَقِّه، وكذا الأجيرُ إذا أخذ المَتاعَ المَأذونَ له في أخْذِه من موضِعٍ لم يأذَنْ له بالدُّخولِ فيه لم يُقْطَعْ؛ لأنّ الإذنَ بأخْذِ المَتاعِ يورِثُ شُبْهةَ الدُّخولِ في الحِرْزِ، ولأنّ الإذنَ بالأخْذِ فوْقَ الإذنِ بالدُّخولِ، وذا يمنعُ القَطْعَ فهذا أولى.

ولو سَرَقَ المُسْتأجِرُ من المُؤاجِرِ، وكُلُّ واحدٍ منهما في منزلٍ على حِدةٍ يُقْطَعُ بلا خلافٍ؛ لأنّه لا شُبْهةَ في الحِرْزِ، وأمّا المُؤاجِرُ إذا سَرَقَ من المُسْتأجِرِ فكذلك يُقْطَعُ في قولِ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - وعندهما لا يُقْطَعُ.

(وجه) قولِهما: أنّ الحِرْزَ مِلْكُ السّارِقِ فيورِثُ شُبْهةً في درْءِ الحدِّ؛ لأنّه يورِثُ شُبْهةً في إباحةِ الدُّخولِ فيختَلُّ الحِرْزُ فلا قَطْعَ [٢].

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ: أنّ معنى الحِرْزِ لا تَعَلُّقَ له بالمِلْكِ إذْ هو اسمٌ لِمكانٍ مُعَدٍّ للإحرازِ يُمْنَعُ من الدُّخولِ فيه إلاّ بالإذنِ، وقد وُجِدَ؛ لأنّ المُؤاجرَ ممنوعٌ عن الدُّخولِ في المنزلِ المُسْتأجَرِ من غيرِ إذنٍ فأشبَهَ الأجنبيَّ.

ولا قَطْعَ على مَنْ سَرَقَ من ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ عندنا سواءٌ كان بينَهما وِلادٌ أو لا، وقال الشّافعيُّ: في الوالِدَيْنِ والمولودينِ كذلك، فأمّا في غيرِهم فيُقْطَعُ، وهو على اختلافِ

(١) أخرجه مالك، برقم (١٥٨٤)، والدارقطني (٣/ ١٨٨)، برقم (٣١١)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٨١)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٢٥)، من قول عمربن الخطاب رضي‌الله عنه.
(٢) في المخطوط: «يقطع».

العِتْقِ، والنّفَقةِ، قد ذَكَرْنا المسألةَ في كتابِ العتاقِ، والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما يدخلُ في منزلِ صاحبِه بغيرِ إذنٍ عادةً، وذلك دَلالةُ الإذنِ من صاحبِه فاختَلَّ معنى الحِرْزِ، ولأنّ القَطْعَ بسببِ السّرقةِ فعلٌ يُفْضي إلى قَطْعِ الرَّحِمِ، وذلك حَرامٌ، والمُفْضي إلى الحرامِ حَرامٌ ولو سَرَقَ جماعةٌ فيهم ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المسروقِ لا يُقْطَعُ واحدٌ منهم عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ لا يُقْطَعُ ذو الرَّحِمِ المَحْرَمِ، ويُقْطَعُ سِواه، والكَلامُ على نحوِ الكَلامِ فيما تَقَدَّمَ فيما إذا كان فيهم صَبيٌّ، أو مجنونٌ، قد ذَكَرْناه فيما تَقَدَّمَ.

ولو سَرَقَ من ذي رَحِمٍ غيرِ مَحْرَمٍ يُقْطَعُ بالإجماعِ؛ لأنّ المُباسَطةَ بالدُّخولِ من غيرِ استئذانٍ غيرُ ثابتةٍ في هذه القَرابةِ عادةً، وكذا هذه القَرابةُ لا تجِبُ صيانَتُها عن القَطيعةِ؛ ولهذا لم يجبْ في العِتْقِ والنّفَقةِ وغيرِ ذلك، ولو سَرَقَ من ذي مَحْرَمٍ لا رحم له بسببِ الرَّضاعِ فقد قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ - رحمهما الله - يُقْطَعُ الذي سَرَقَ مِمَّنْ يحرُمُ عليه من الرَّضاعِ كائنًا مَنْ كان، وقال أبو يوسفَ إذا سَرَقَ من أُمِّه من الرَّضاعِ لا يُقْطَعُ.

(وجه) قوله: أنّ المُباسَطةَ بينَهما في الدُّخولِ ثابِتةٌ عُرْفًا وعادةً، فإنّ الإنسانَ يدخلُ في منزلِ أُمِّه من الرَّضاعِ من غيرِ إذنٍ كما يدخلُ في منزلِ أُمِّه من النّسَبِ، بخلافِ الأُخْتِ من الرَّضاعِ.

ولهما: أنّ الثابِتَ بالرَّضاعِ ليس إلاّ الحُرْمةُ المُؤَبَّدةُ، وأنّها لا تمنَعُ وُجوبَ القَطْعِ كما لو سَرَقَ من أُمِّ موطوءَتِه؛ ولهذا يُقْطَعُ في الأُخْتِ من الرَّضاعِ.

ولو سَرَقَ من امرأةِ أبيه، أو من زوجِ أُمِّه، أو من حَليلةِ ابنِه، أو من ابنِ امرأتِه أو بنتِها، أو أُمِّها يُنْظَرُ إنْ سَرَقَ مالَهم من منزلِ مَنْ يُضافُ السّارِقُ إليه من أبيه، وأُمِّه، وابنِه، وامرأتِه لا يُقْطَعُ بلا خلافٍ؛ لأنّه مَأذونٌ بالدُّخولِ في منزلِ هَؤُلاءِ فلم يكنِ المنزلُ حِرْزًا في حَقِّه، وإنْ [1] سَرَقَ من منزلٍ آخرَ فإنْ كانا فيه لم يُقْطَعْ بالإجماعِ، وإنْ كان لِكُلِّ واحدٍ منهما منزلٌ على حِدةٍ اختُلِفَ فيه.

قال ابو حنيفةَ رحمه الله: لا يُقْطَعُ، وقال أبو يوسفَ: يُقْطَعُ إذا سَرَقَ من غيرِ منزلِ السّارِقِ، أو منزلِ أبيه أو ابنِه.

(١) في المخطوط: «فإن».

وذكر القاضي في شَرْحِ مُخْتَصَرِ الطَّحاويِّ قولَ محمّدٍ مع قولِ أبي يوسفَ - رحمهم الله تعالى.

(وجه) قولِهما: أنّ المانِعَ هو القَرابةُ، ولا قَرابةَ بينَ السّارِقِ، وبينَ المسروقِ منه، بل كُلُّ واحدٍ منهما أجنبيٌّ عن صاحبِه فلا يمنعُ [1] وُجوبَ القَطْعِ، كما لو سَرَقَ من أجنبيٍّ آخرَ.

(وجه) قولِ ابي حنيفةَ: أنّ في الحِرْزِ شُبْهةً؛ لأنّ حَقَّ التّزاوُرِ ثابِتٌ بينَه وبينَ قَريبِه؛ لأنّ كونَ المنزلِ لِغيرِ قَريبِه لا يَقْطَعُ [حق] [2] التّزاوُر، وهذا يورِثُ شُبْهةَ إباحةِ الدُّخولِ لِلزّيارةِ فيختَلُّ معنى الحِرْزِ.

ولا قَطْعَ على أحدِ الزَّوْجَيْنِ إذا [3] سَرَقَ من مالِ صاحبِه سواءٌ سَرَقَ من البيتِ الذي هما فيه، أو من بيتٍ آخرَ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما يدخلُ في منزلِ صاحبِه، ويَنْتَفِعُ بمالِه عادةً، وذلك يوجِبُ خَلَلًا في الحِرْزِ، وفي المِلْكِ أيضًا، وهذا عندنا.

وقال الشافعيُّ - رحمه الله -: إذا سَرَقَ من البيتِ الذي هما فيه لا يُقْطَعُ، وإنْ سَرَقَ من بيتٍ آخرَ يُقْطَعُ، والمسألةُ مَرَّتْ في كتابِ الشَّهادةِ، وكذلك لو سَرَقَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ من عبدِ صاحبِه، أو أمَتِه، أو مُكاتَبِه، أو سَرَقَ عبدُ أحدِهما، أو أمَتُه، أو مُكاتَبُه من صاحبِه أو سَرَقَ خادِمُ أحدِهما من صاحبِه لا يُقْطَعُ؛ لأنّه مَأذونٌ في الدُّخولِ في الحِرْزِ

ولو سَرَقَتِ امرأةٌ من زوجِها، أو سَرَقَ رجلٌ من امرأتِه، ثُمّ طَلَّقَها قبل الدُّخولِ بها فبانَتْ بغيرِ عِدّةٍ لم يُقْطَعْ واحدٌ منهما؛ لأنّ الأخْذَ حينَ وُجودِه لم يَنْعَقِدْ موجِبًا للقَطْعِ لِقيامِ الزَّوْجيّةِ فلا يَنْعَقِدُ عند الإبانةِ؛ لأنّ الإبانةَ [٢/ ٢٩٤أ] طارِئةٌ، والأصلُ أنْ لا يُعْتَبَرَ الطّارِئُ مُقارَنًا في الحُكْمِ؛ لِما فيه من مُخالَفةِ الحقيقةِ إلاّ إذا كان في الاعتِبارِ إسقاطُ الحدِّ وقتَ الاعتِبارِ وفي الاعتِبارِ ههنا إيجابُ الحدِّ فلا يُعْتَبَرُ.

ولو سَرَقَ من مُطَلَّقَتِه، وهي في العِدّةِ، أو سَرَقَتْ مُطَلِّقَته، وهي في العِدّةِ لم يُقْطَعْ واحدٌ منهما سواءٌ كان الطَّلاقُ رَجْعيًّا أو بائنًا، أو ثلاثًا؛ لأنّ النِّكاحَ في حالِ قيامِ العِدّةِ قائمٌ من وجهٍ أو أثَرُه قائمٌ، وهو العِدّةُ، وقيامُ النِّكاح من كُلِّ وجهٍ يمنعُ القَطْعَ فقيامُه من

---

(١) في المخطوط: «يمتنع».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «إن».

وجهٍ، أو قيامُ أثَرِه يورِثُ شُبْهةً.

ولو سَرَقَ رجلٌ من امرأةٍ أجنبيّةٍ، ثُمّ تزوّجَها فهذا لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ: (إمّا) أنْ تزوّجَها قبل أنْ يُقْضَى عليه بالقَطْعِ، وإمّا أنْ تزوّجَها بعدَما قُضيَ عليه بالقَطْعِ فإنْ تزوّجَها قبل أنْ يُقْضَى عليه بالقَطْعِ؛ لم يُقْطَعْ بلا خلافٍ؛ لأنّ هذا مانِعٌ طَرأ على الحدِّ، والمانِعُ الطّارِئُ في الحدِّ [1] كالمُقارِنِ؛ لأنّ الحُدودَ تُدْرأُ بالشُّبُهاتِ فيَصيرُ طَرَيان الزَّوْجيّةِ شُبْهةً مانِعةً من القَطْعِ كقِرانِها، وإنْ تزوّجَها بعدَما قُضيَ عليه بالقَطْعِ لم يُقْطَعْ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - وقال أبو يوسفَ: يُقْطَعُ.

(وجه) قوله: أنّ الزَّوْجيّةَ القائمةَ عند السّرقةِ إنّما تمنَعُ وُجوبَ القَطْعِ باعتِبارِ الشُّبْهةِ، وهي شُبْهةُ عَدَمِ الحِرْزِ، أو شُبْهةُ المِلْكِ فالطّارِئةُ لو اعتُبِرَتْ مانِعةً لكان ذلك اعتِبارَ [2] الشُّبْهةِ، وإنّها ساقِطةٌ في بابِ الحُدودِ.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ: أنّ الإمضاءَ في بابِ الحُدودِ من القضاءِ فكانت الشُّبْهةُ المُعْتَرِضةُ على الإمضاءِ كالمُعْتَرِضةِ على القضاءِ ألا تَرَى أنّه لو قَذَفَ رجلًا بالزِّنا، وقُضيَ عليه بالحدِّ، ثُمّ إنّ المقذوفَ زَنَى قبل إقامةِ الحدِّ على القاذِفِ سَقَطَ الحدُّ عن القاذِفِ، وجعل الزِّنا المُعْتَرِضَ على الحدِّ كالموجودِ عند القَذْفِ ليُعْلَمَ أنّ الطّارِئَ على الحُدودِ قبل الإمضاءِ بمنزلةِ الموجودِ قبل القضاءِ، واللّه تعالى أعلمُ.

وذكر في الجامِعِ الصّغيرِ في الطَّرّارِ [3] إذا طَرَّ الصُّرّةَ من خارِجِ الكُمِّ أنّه لا قَطْعَ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - فإنْ أدْخَلَ يَدَه في الكُمِّ فطَرَّها؛ يُقْطَعُ.

وقال أبو يوسفَ هذا كُلُّه سواءٌ، ويُقْطَع.

وبِتفصيلِ [4] الكَلامِ فيه يَرْتَفِعُ الخلافُ، ويَتَّفِقُ الجوابُ، وهو أنّ الطَّرَّ لا يخلو إمّا أنْ يكونَ بالقَطْعِ، وإمّا أنْ يكونَ بحَلِّ الرِّباطِ، والدَّراهِمُ لا تخلو إمّا أنْ كانت مَصْرورةً على ظاهِرِ الكُمِّ، وإمّا أنْ كانت مَصْرورةً في باطِنِه، فإنْ كان الطَّرُّ بالقَطْعِ، والدَّراهِمُ مَصْرورةٌ على ظاهِرِ الكُمِّ لم يُقْطَعْ؛ لأنّ الحِرْزَ هو الكُمُّ. والدَّراهِمُ بعدَ القَطْعِ تقعُ على ظاهِرِ الكُمِّ

---

(١) في المخطوط: «الحدود». (٢) زادفي المخطوط: «شبهة».
(٣) الطرّار: الذي يقطع النفقات ويأخذها على غفلة من أهلها. انظر المصباح المنير (٢/ ٣٧٠).
(٤) في المخطوط: «وعند تفصيل».

فلم يوجدِ الأخْذُ من الحِرْزِ، وعليه يُحْمَلُ قولُ أبي حنيفةَ - رحمه الله.

وإنْ كانت مَصْرورةً في داخِلِ الكُمِّ يُقْطَعُ؛ لأنّها بعدَ القَطْعِ تقعُ في داخِلِ الكُمِّ، فكان الطَّرُّ أخْذًا من الحِرْزِ، وهو الكُمُّ فيُقْطَعُ، وعليه يُحْمَلُ قولُ أبي يوسفَ، وإنْ كان الطَّرُّ بحَلِّ الرّباطِ يُنْظَرُ إنْ كان بحالٍ لو حَلَّ الرّباطَ تقعُ الدَّراهمُ على ظاهرِ الكُمِّ بأنْ كانت العُقْدةُ مشدودةً من داخِلِ الكُمِّ لا يُقْطَعُ؛ لأنّه أخذها من غيرِ حِرْزٍ، وهو تفسيرُ قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - وإنْ كان إذا حَلَّ تقعُ الدَّراهمُ في داخِلِ الكُمِّ، وهو يحتاجُ إلى إدْخال يَدِه في الكُمِّ للأخْذِ يُقْطَعُ لِوُجودِ الأخْذِ من الحِرْزِ، وهو تفسيرُ قولِ أبي يوسفَ، واللَّه تعالى أعلم.

وعلى هذا الأصلِ أيضًا يخرُجُ النبّاشُ على أصلِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ - رحمهما الله - أنّه لا يُقْطَعُ؛ لأنّ القبرَ ليس بحِرْزٍ بنفسِه أصلاً إذْ لا تُحْفَظُ الأموالُ فيه عادةً ألا تَرَى أنّه لو سَرَقَ منه الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا يُقْطَعُ، ولا حافِظَ للكَفَنِ ليُجْعَلَ حِرْزًا بالحافِظِ فلم يكنِ القبرُ حِرْزًا بنفسِه ولا بغيرِه، أو فيه شُبْهةُ عَدَمِ الحِرْزِ؛ لأنّه إنْ كان حِرْزَ مثلِه فليس حِرْزًا لِسائرِ الأموالِ فتمَكَّنَتِ الشُّبْهةُ في كونِه حِرْزًا فلا يُقْطَعُ.

ثُمّ اختُلِفَ أنّه يُعْتَبَرُ في كُلِّ شيءٍ حِرْزُ مثلِه، أو حِرْزُ نوعِه قال بعضُ مَشايِخِنا إنّه: يُعْتَبَرُ في كُلِّ شيءٍ حِرْزُ مثلِه كالإصْطَبْلِ لِلدّابّةِ، والحظيرةِ لِلشّاةِ حَتّى لو سَرَقَ اللُّؤْلُؤةَ من هذه المَواضِعِ [لا يُقْطَعُ][1].

وذكر الكَرْخيُّ في مُخْتَصَرِه عن أصحابِنا أنّ ما كان حِرْزَ النَّوْعِ يكونُ حِرْزًا للأنواعِ كُلِّها، وجَعَلوا سُرَيْجةَ البقّالِ حِرْزًا للجواهرِ فالطَّحاويُّ - رحمه الله - اعتَبَرَ العُرْفَ، والعادةَ، وقال: حِرْزُ الشّيءِ هو المكانُ الذي يُحْفَظُ فيه عادةً، والنّاسُ في العاداتِ لا يُحْرِزونَ الجواهرَ في الإصْطَبْلِ، والكَرْخيُّ - رحمه الله - اعتَبَرَ الحقيقةَ؛ لأنّ حِرْزَ الشّيءِ ما يحرُزُ ذلك الشّيءَ حقيقةً، وسُرَيْجةُ البقّالِ تَحْرُزُ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ والجواهرَ حقيقةً، فكانت حِرْزًا لها، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ. (ومنها) أنْ يكونَ نِصابًا، والكَلامُ في هذا الشّرطِ يَقَعُ في ثلاثةِ مَواضِعَ:

---

(١) ليست في المخطوط.

أحدُها: في أصلِ النِّصابِ أنّه شرطٌ أم لا .

والثّاني: في بيانِ قدرِه .

والثّالِثُ: في بيانِ صِفاتِه .

(أمّا) الأوّلُ: فقد اختُلِفَ فيه قال عامّةُ العُلَماءِ : إنّه شرطٌ فلا قَطْعَ فيما دونَ النِّصابِ (١)، وحُكيَ عن الحسنِ البصْريِّ - رحمه الله - أنّه ليس بشرطٍ، ويُقْطَعُ في القليلِ والكَثيرِ، وهو قولُ الخوارجِ .

واحتجّوا بظاهرِ [٢/ ٢٩٤ب] قولِه سبحانه وتعالى : ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة :٣٨] من غيرِ شرطِ النِّصابِ .

وَرُوِيَ عن النّبِيِّ ﷺ أنّه قَالَ : «لَعَنَ اللّه السَّارِقَ يَسْرِقُ الحبْلَ فتُقْطَعُ يَدُه، ويَسْرِقُ البَيْضة فتُقْطَعُ يَدُه» (٢)، ومعلومٌ أنّ من الحِبالِ ما لا يُساوي دانَقًا، والبيضةُ لا تُساوي حَبّةً .

(ولَنا): دَلالةُ النّصِّ، والإجماعِ من الصّحابةِ .

أمّا دَلالةُ النّصِّ ؛ فلأنّ اللّهَ سبحانه وتعالى أوجَبَ القَطْعَ على السّارِقِ والسّارِقةِ، والسّارِقُ اسمٌ مشتقٌّ من معنًى، وهو السّرقةُ، والسّرقةُ اسمٌ للأخْذِ على سَبيلِ الاستخفاءِ، ومُسارَقةِ الأعيُنِ، وإنّما تقعُ الحاجةُ في الاستخفاءِ فيما له خَطَرٌ، والحبّةُ لا خَطَرَ لها فلم يكنْ أخْذُها سَرِقةً، فكان إيجابُ القَطْعِ على السّارِقِ اشْتِراطًا لِلنِّصابِ دَلالةً .

(وأمّا) الإجماعُ: فإنّ الصّحابةَ - رضوان الله عليهم - أجمَعوا على اعتِبارِ النِّصابِ، وإنّما جَرَى الاختلافُ (٣) بينَهم في التّقْديرِ، واختلافُهم في التّقْديرِ إجماعٌ منهم على أنّ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية : مختصر الطحاوي (ص ٢٧٢)، شرح فتح القدير (٥/ ٣٦٤-٣٦٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٠٧)، البناية (٦/ ٣٨٧-٣٩١)، الدر المختار (٤/ ٩١).

ومذهب الشافعية أنه يجب القطع في سرقة ما كان مباح الأصل، كالحطب والكلأ، والصيد المأكول وغير المأكول والمشيش والخشب وما عمل من الطين كالفخار. انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٣١، ١٣٢)، الوسيط (٦/ ٤٦٦)، الروضة (١٠/ ١٢١).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب: لعن السارق إذا لم يسم، برقم (٦٧٨٣)، [وطرفه: ٦٧٩٩]، ومسلم، كتاب الحدود، باب: حد السرقة ونصابها، برقم (١٦٨٧)، والنسائي، برقم (٤٨٧٣)، وابن ماجه، برقم (٢٥٨٣)، من حديث أبي هريرة رضي‌الله عنه.

(٣) في المخطوط: «الخلاف».

أصلَ النِّصابِ شرطٌ، وبِه تَبَيَّنَ أنّ ما رَوَوْا من الحديثِ غيرُ ثابِتٍ، أو مَنْسوخٌ، أو يُحْمَلُ المذكورُ على حَبْلٍ له خَطَرٌ كحَبْلِ السَّفينةِ، وبيضةٍ خَطيرةٍ كبيضةِ الحديدِ تَوْفيقًا بينَ الدّلائلِ، واللّه تعالى أعلم.

(وأمّا) الكَلامُ في قدرِ النِّصابِ فقد اختُلِفَ فيه أيضًا:

قال أصحابنا رضي الله عنهم: إنّه مُقَدَّرٌ بعشرةِ دراهمَ فلا قَطْعَ في أقَلَّ من عشرةِ دراهمَ.

وقال مالِكٌ - رحمه الله - وابنُ أبي ليلى بخمسةٍ.

وذكر القُدوريُّ - رحمه الله - عند مالِكٍ - رحمه الله - بثلاثينَ [١].

وقال الشّافعيُّ: برُبْعِ دينارٍ حتّى لو سَرَقَ رُبْعَ دينارٍ إلاّ حَبّةً، وهو مع نُقْصانِه يُساوي عشرةً لا يُقْطَعُ عنده [٢]، وعندنا يُقْطَعُ [٣].

ولو سَرَقَ رُبُعَ دينارٍ لا يُساوي عشرةً لم يُقْطَعْ عندنا، وعنده يُقْطَعُ، وقيمةُ الدّينارِ عندنا عشرةٌ، وعنده اثنا عشرَ على ما نُبَيِّنُ في كتابِ الدّيات.

اِحتجَّ مَنِ اعتَبَرَ الخمسةَ بما رُوِيَ عن النّبِيِّ ﷺ أنّه قالَ: **«لَا تُقْطَعُ الخَمْسَةُ إلَّا بخمسةٍ»** [٤].

واحتجَّ الشّافعيُّ - رحمه الله - بمَا رُوِيَ عن - سَيِّدَتِنَا - عَائشةَ رضي الله عنها عن النّبِيِّ ﷺ أنّه قَالَ: **«تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ فِي رُبُعِ دِينَارٍ فصَاعِدًا»** [٥].

ورُوِيَ عن- (سَيِّدِنَا- عُمَرَ) [٦] رضي الله عنه أنّه عليه الصلاة والسلام قَطَعَ فِي مِجَنٍّ

---

(١) في المخطوط: «ثلثين».

(٢) مذهب الشافعية أن نصاب السرقة الذي يقطع فيه السارق: ربع دينار فصاعدا، أو ما يساوي قيمة ربع دينار. انظر: الأم (٦/ ١٣٠)، مختصر المزني (ص ٢٦٣)، الحاوي الكبير (١٧/ ١١٧)، التنبيه (ص ١٤٩)، الوسيط (٦/ ٤٥٦)، الروضة (١٠/ ١١٠).

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٦٩)، المبسوط (٩/ ١٣٦، ١٣٧)، رؤوس المسائل (ص ٤٩١)، شرح فتح القدير (٥/ ٣٥٦)، الاختيار (٤/ ١٠٣)، البناية (٦/ ٣٧٦، ٣٧٧).

(٤) أورده العقيلي في الضعفاء (٢/ ١٨٨)، برقم (٧١٤) من قول عمربن الخطاب رضي الله عنه.

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب: قول الله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾، برقم (٦٧٨٩)، ومسلم، كتاب الحدود، باب: حد السرقة ونصابها، برقم (١٦٨٤)، وأبو داود، برقم (٤٣٨٤)، والترمذي، برقم (١٤٤٥)، والنسائي، برقم (٤٩١٧)، وابن ماجه، برقم (٢٥٨٥).

(٦) في المخطوط: «عبدالله بن عمر».

قِيمَتُه ثَلَاثَةُ دراهمَ [١]، وهي قيمةُ رُبُعِ دينارٍ عنده؛ لأنّ الدّينارَ على أصلِه مُقَوّمٌ باثني عشرَ درهمًا.

(ولنا): ما رَوَى محمّدٌ في الكتابِ بإسنادِه عن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه عبدِ اللَّه بنِ عَمْرِو بنِ العاصِ عن النبي ﷺ أنّه كان لا يَقْطَعُ إلاّ في ثَمَنِ مِجَنٍّ [٢]، وهو يومَئِذٍ يُساوي عشرةَ دراهمَ.

وفِي رِوَايةٍ عن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبِيه عن جَدِّه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّه ﷺ: **«لَا قَطعَ فِيمَا دُونَ عَشَرةِ دَرَاهمَ»** [٣].

وَعن ابنِ مسعُودٍ رضي الله عنه عن النّبِيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قَالَ: **«لَا تُقطَعُ اليَدُ إلَّا فِي دِينَارٍ، أو فِي عَشَرةِ دراهمَ»** [٤].

وعن ابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه عن رَسُولِ اللَّه عليه الصلاة والسلام أنّه قَالَ: **«لَا يُقطَعُ السَّارِقُ إلَّا فِي ثَمَنِ المِجَنِّ»**، وكان يُقَوّمُ يومَئِذٍ بعشرةِ دراهمَ [٥].

وعن ابنِ أمِّ أيمنَ أنه قال: ما قُطِعَتْ يَدٌ على عَهْدِ رسولِ اللَّه ﷺ إلاّ في ثَمَنِ المِجَنِّ، وكان يُساوي يومَئِذٍ عشرةَ دراهمَ [٦].

وذكر محمّدٌ في الأصلِ أنّ - سَيِّدَنا - عُمَرَ رضي الله عنه أمَرَ بقَطْعِ يَدِ سارِقِ ثوبٍ بَلَغَتْ قيمَتُه عشرةَ دراهمَ فمَرَّ به - سَيِّدُنا - عُثْمانُ رضي الله عنه فقال: إنّ هذا لا يُساوي إلاّ ثَمانيةً فدرأ - سَيِّدُنا - عُمَرُ القَطْعَ عنه [٧].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب: قول الله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا . . .﴾ برقم (٦٧٩٥)، ومسلم، كتاب الحدود، باب: حد السرقة ونصابها، برقم (١٦٨٦)، وأبو داود، برقم (٤٣٨٥)، والترمذي، برقم (١٤٤٦)، والنسائي، برقم (٤٩٠٨)، وابن ماجه، برقم (٢٥٨٤).
(٢) في المخطوط: «المجن».
(٣) أخرجه أحمد، برقم (٦٨٦١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٤٧٦)، برقم (٢٨١٠٥).
(٤) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب الحدود، باب: ما جاء في كم تقطع يد السارق، برقم (١٤٤٦)، والطبراني في الكبير (٩/ ٣٥١)، برقم (٩٧٤٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٠/ ٢٣٣)، انظر صحيح جامع الترمذي.
(٥) شاذ: أخرجه النسائي، كتاب قطع السارق، برقم (٤٩٥١). انظر ضعيف سنن النسائي.
(٦) منكر: أخرجه النسائي في الكبرى (٤/ ٣٤١)، برقم (٧٤٣٣)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٤٢١)، برقم (٨١٤٤) من حديث أيمن رضي‌الله عنه، انظر ضعيف سنن النسائي.
(٧) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٢٦٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٤٧٦)، برقم (٢٨١١٢).

وعن - سَيِّدِنا - عُمَرَ، وسَيِّدِنا عُثْمانَ، وسَيِّدِنا عَليٍّ، وابنِ مسعودٍ رضي الله عنه مثلُ مذهَبِنا.

والأصلُ أنّ الإجماعَ انعَقَدَ على وُجوبِ القَطْعِ في العشرةِ، وفيما دونَ العشرةِ.
(اختلف العُلَماءُ؛ لاختلافِ) [١] الأحاديثِ فوَقَعَ الاحتمالُ في وُجوبِ القَطْعِ فلا يجبُ مع الاحتمالِ، وإذا عُرِفَ أنّ النِّصابَ شرطُ وُجوبِ القَطْعِ بالسّرقةِ فإنْ وُجِدَ ذلك القدرُ في أخْذِ سَرِقةٍ واحدةٍ قُطِعَ؛ لِوُجودِ الشّرطِ، وهو كمالُ النِّصابِ، وإنِ اختلفتِ السّرقةُ لم يُقْطَعْ؛ لِفَقْدِ الشّرطِ.

وعلى هذا مَسائلُ إذا دخل رجلٌ دارَ الرّجلِ فسَرَقَ من بيتٍ فيها درهمًا فأخْرَجَه إلى صَحْنِها، ثُمّ عادَ فأخذ درهمًا من البيتِ فأخْرَجَه، ثُمّ عادَ فأخذ درهمًا من البيتِ فأخْرَجَه فلم يَزَلْ يَفْعَلُ حتّى أخذ عشرةَ دراهمَ، ثُمّ أخْرَجَ العشرةَ من الدّارِ قُطِعَ؛ لأنّ هذه سَرِقةٌ واحدةٌ؛ لأنّ الدّارَ مع صَحْنِها وبُيوتِها حِرْزٌ واحدٌ فما دامَ في الدّارِ لم يوجدِ الإخْراجُ من الحِرْزِ فإذا أخْرَجَ من الدّارِ جُمْلةً فقد وُجِدَ إخْراجُ نِصابٍ من الحِرْزِ فيجبُ القَطْعُ.
ولو كان خرج في كُلِّ مَرّةٍ من الدّارِ، ثُمّ عادَ حتّى فعَلَ ذلك عَشْرَ مَرّاتٍ [٢] لم يُقْطَعْ؛ لأنّ هذه سَرِقاتٌ إذْ كُلُّ فعلٍ منه إخْراجٌ من الحِرْزِ، فكان كُلُّ فعلٍ منه مُعْتَبَرًا بنفسِه، وأنّه سَرِقةُ ما دونَ النِّصابِ فلا يوجِبُ القَطْعَ.

وكذلك جماعةٌ دَخَلوا دارًا، وأخْرَجوا من بيتٍ من بُيوتِها المَتاعَ مَرّةً بعدَ أُخرى إلى صَحْنِ الدّارِ، ثُمّ أخْرَجوه [٢/ ٢٩٥أ] من الصّحْنِ دَفْعةً واحدةً يُقْطَعونَ إذا كان ما أخْرَجوا يَخُصُّ كُلَّ واحدٍ منهم عشرةَ دراهمَ، وإنْ تَفَرّقَ الإخْراجُ يُعْتَبَرُ كُلُّ واحدٍ بنفسِه؛ لأنّ الإخْراجَ جُمْلةً واحدةً فهو سَرِقةٌ واحدةٌ فإذا [٣] تفَرّقَ فهو سَرِقاتٌ، فكان كُلُّ واحدٍ مُعْتَبَرًا بنفسِه.

ولو سَرَقَ رجلٌ واحدٌ عشرةَ دراهمَ من منزلينِ مُخْتَلِفَيْنِ بأنْ سَرَقَ منه [تسعة دراهم من منزل ثم أتى منزلاً آخر فسرق منه] [٤] درهمًا، أو تِسْعةً لم يُقْطَعْ؛ لأنّهما سَرِقَتانِ

---

(١) في المخطوط: «اختلفت».
(٢) في المخطوط: «مرار».
(٣) في المخطوط: «وإذا».
(٤) زيادة من المخطوط.

مُخْتَلِفَتانِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ من المنزلينِ حِرْزٌ بانفِرادِه، فهَتْكُ أحدِهما بما دونَ النِّصابِ لا يُعْتَبَرُ في هَتْكِ الآخرِ، فيَبْقَى [١] كُلُّ واحدٍ [منهما] [٢] مُعْتَبَرًا (في نفسِه) [٣].

ولو سَرَقَ رجلٌ عشرةَ دراهمَ لِعَشْرةِ أنْفُسٍ في موضِعٍ واحدٍ قُطِعَ، وإنْ تَفَرَّقَ مُلاّكُها يُعْتَبَرُ في ذلك حالُ السّارِقِ، والسّارِقُ واحدٌ، فكان النِّصابُ كامِلًا، وإنّما اعتُبِرَ حالُ السّارِقِ دونَ المسروقِ منه؛ لأنّ كمالَ النِّصابِ شرطُ وُجوبِ القَطْعِ، والقَطْعُ عليه فيُعْتَبَرُ جانِبُ مَنْ عليه، ولا يُعْتَبَرُ جانِبُ المسروقِ منه؛ لأنّ الحُكْمَ لم يجبْ له، بل لِلّه - سبحانه وتعالى.

وإنْ كان عَشْرةُ أنْفُسٍ في دارٍ كُلُّ واحدٍ في بيتٍ على حِدةٍ، فسَرَقَ من كُلِّ واحدٍ منهم درهمًا يُقْطَعُ إذا خرج بالجميعِ من الدّارِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الدّارَ حِرْزٌ واحدٌ، وقد أخْرَجَ منها نِصابًا كامِلًا، فكانت السّرقةُ واحدةً، وإنِ اختلف المسروقُ منه.

ولو كانت الدّارُ عَظيمةً فيها حُجرٌ لِكُلِّ واحدٍ حُجْرةٌ فسَرَقَ من كُلِّ حُجْرةٍ أقَلَّ من عشرةٍ لم يُقْطَعْ؛ لأنّ ذلك سَرِقاتٌ إذْ كُلُّ حُجْرةٍ حِرْزٌ بانفِرادِها، والسّرقاتُ إذا اختلفتْ يُعْتَبَرُ في كُلِّ واحدٍ منها كمالُ النِّصابِ، ولم يوجدْ.

ولو سَرَقَ عَشْرةُ أنْفُسٍ من رجلٍ واحدٍ عشرةَ دراهمَ لم يُقْطَعوا، بخلافِ الواحدِ إذا سَرَقَ عشرةَ دراهمَ من عَشْرةِ أنْفُسٍ أنّه يُقْطَعُ إذا كانت الدَّراهمُ في حِرْزٍ واحدٍ؛ لِما بَيَّنّا أنّ المُعْتَبَرَ جانِبُ السّارِقِ لا جانِبُ المسروقِ منه، فكانت السّرقةُ واحدةً فيُعْتَبَرُ كمالُ النِّصابِ في حَقِّ [٤] السّارِقِ لا في حَقِّ [٥] المسروقِ منه، وسواءٌ كانت الدَّراهمُ مُجْتَمعةً، أو مُتَفَرِّقةً بعدَ أنْ كان الحِرْزُ واحدًا حتّى لو سَرَقَ عشرةَ دراهمَ مُتَفَرِّقًا من كُلِّ كيسٍ درهمًا من عَشْرةِ أنْفُسٍ من منزلٍ واحدٍ يُقْطَعُ؛ لأنّ الحِرْزَ واحدٌ فإذا أخْرَجَها منه فقد خرج بنِصابٍ كامِلٍ من السّرقةِ، فيُقْطَعُ.

ولو سَرَقَ ثوبًا قيمَتُه تِسْعةُ دراهمَ فوَضَعَه على بابِ الدّارِ، ثُمّ دخل فأخذ ثوبًا آخرَ يُساوي تِسْعة [دراهم] [٦] فأخْرَجَه لم يُقْطَعْ؛ لأنّه لم يَبْلُغِ المَأخوذُ في كُلِّ واحدٍ منهما

---

(١) في المخطوط: «فيقي».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بنفسه».
(٤) في المخطوط: «حال».
(٥) في المخطوط: «حال».
(٦) زيادة من المخطوط.

نِصابًا فلا يُقْطَعُ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) صِفاتُ النِّصابِ:

(فمنها): أنْ تكونَ الدَّراهمُ المسروقةُ جيادًا حتّى لو سَرَقَ عشرةً زُيوفًا، أو نَبَهْرَجةً، أو سَتّوقةً لا يُقْطَعُ إلاّ أنْ تكونَ كثيرةً تَبْلُغُ قيمةَ [١] عشرةٍ جيادٍ، وكذلك المسروقُ من غيرِ الدَّراهمِ إذا كان لا تَبْلُغُ قيمَتُه قيمةَ عشرةِ دراهمَ جيادٍ لا يُقْطَعُ؛ لأنّ مُطْلَقَ اسمِ الدَّراهمِ في الأحاديثِ يَنْصَرِفُ إلى الجيادِ.

(ومنها): أنْ يَعْتَبِرَ عشرةَ دراهمَ وزنَ سَبْعةٍ كذا قالوا؛ لأنّ اسمَ الدَّراهمِ عند الإطلاقِ يَقَعُ على ذلك، ألا تَرَى أنّه قُدِّرَ به النِّصابُ في الزَّكَواتِ، والدِّياتِ، وكذا النّاسُ أجمَعوا على هذا في وزنِ الدَّراهمِ، ولأنّ هذا أوسَطُ المَقاديرِ؛ لأنّ الدَّراهمَ على عَهْدِ رسولِ اللَّه ﷺ كانت صِغارًا، وكِبارًا فإذا جُمِعَ صَغيرٌ وكَبيرٌ كانا درهمَيْنِ من وزنِ سَبْعةٍ، فكان هذا الوزنُ هو أوسَطُ المَقاديرِ فاعتُبِرَ به لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «خَيرُ الأُمُورِ أوسَاطُهَا» [٢]، وهل يُعْتَبَرُ أنْ تكونَ مضروبةً؟.

ذكر الكَرْخيُّ - عليه الرَّحْمةُ - أنّه يَعْتَبِرُ عشرةَ دراهمَ مضروبةً، وهَكذا رَوَى بِشْرٌ عن أبي يوسفَ، وابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ حتّى لو كان تِبْرًا قيمَتُه عشرةُ دراهمَ مضروبةً لا يُقْطَعُ.

ورَوَى الحسنُ عن أبي حنيفةَ - عليهم الرَّحْمةُ - أنّ السّارِقَ إذا سَرَقَ عشرةَ دراهمَ مِمّا يجوزُ بينَ النّاس، [ويَروجُ في مُعامَلاتِهم] [٣] قُطِعَ، وهذا يَدُلُّ على أنّ كونَها مضروبةً ليس بشرطٍ، بل يُقْطَعُ في المضروبةِ، وغيرِها إذا كان مِمّا يجوزُ بينَ النّاس، ويَروجُ في مُعامَلاتِهم.

لهما أنّ تقديرَ نِصابِ السّرقةِ وقَعَ بالدَّراهمِ، أو تقويمَ المِجَنِّ وقَعَ بالدَّراهمِ، والدَّراهمُ

---

(١) في المخطوط: «قيمتها».

(٢) ضعيف أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٧/ ١٧٩)، برقم (٣٥١٢٨)، والبيهقي في الشعب (٥/ ٢٦١)، برقم (٦٦٠١)، وأورده ابن سعد في الطبقات الكبرى (٧/ ١٤٢)، وانظر ضعيف الجامع حديث رقم (١٢٥٢).

(٣) ليست في المخطوط.

اسمٌ للمضروبةِ، والتِّبْرُ ليس بمضروبٍ، ولا في معنى المضروبِ في الماليّةِ أيضًا؛ لأنّه يَنْقُصُ عنه في القيمةِ فأشبَهَ نُقْصانَ الوزنِ.

وأبو حنيفةَ - رحمه الله - اعتبَرَ الجوازَ والرّواجَ في مُعامَلاتِ النّاس فأجرَى به التّعامُلَ بينَ النّاس، يَسْتَوي في نِصابِه المضروبُ [وغير المضروب] (١)، والصّحيحُ والمُكَسَّرُ كما في نِصابِ الزَّكاةِ فما قاله أبو حنيفةَ - رحمه الله - أقرَبُ إلى القياس، وما (قاله أبو يوسفَ ومحمّدٌ) (٢) أقرَبُ إلى الاحتياطِ في بابِ الحُدودِ، ثُمّ كمالُ النِّصابِ في قيمةِ المسروقِ يُعْتَبَرُ وقتَ السّرقةِ لا غيرُ، أم وقتَ السّرقةِ والقَطْعِ جميعًا؟، وفائدةُ هذا تَظْهَرُ فيما إذا كانت قيمةُ المسروقِ كامِلةً وقتَ السّرقةِ، ثُمّ نَقَصَتْ أنّه هل يَسْقُطُ القَطْعُ؟ فجُمْلةُ الكَلامِ فيه: أنّ نُقْصانَ المسروقِ [٢/ ٢٩٥ب] لا يخلو إمّا أنْ كان نُقْصانُ العيْنِ بأنْ دخل المسروقَ عَيْبٌ، أو ذهب بعضُه.

(وإمّا) أنْ كان نُقْصانُ السِّعْرِ فإنْ كان نُقْصانُ العيْنِ يُقْطَعُ السّارِقُ، ولا يُعْتَبَرُ كمالُ النِّصابِ وقتَ القَطْعِ، بل وقتَ السّرقةِ بلا خلافٍ؛ لأنّ نُقْصانَ عَيْنِه هَلاكُ بعضِه، وهَلاكُ الكُلِّ لا يُسْقِطُ القَطْعَ، فهَلاكُ البعضِ أولى، وإنْ كان نُقْصانُ السِّعْرِ - ذكر الكَرْخيُّ - رحمه الله -: [أنه] (٣) لا يُقْطَعُ في ظاهرِ الرّوايةِ، وتُعْتَبَرُ قيمَتُه في الوقتَيْنِ جميعًا.

ورَوَى (٤) محمّدٌ - رحمه الله - أنّه يُقْطَعُ، وهَكذا ذكر الطَّحاويُّ - رحمه الله -: أنّه تُعْتَبَرُ قيمَتُه وقتَ الإخْراجِ من الحِرْزِ، وهو قولُ الشّافعيِّ - رحمه الله -.

(وجه) هذه الرّوايةِ أنّ نُقْصانَ السِّعْرِ دونَ نُقْصانِ العيْنِ؛ لأنّ ذلك لا يُؤَثِّرُ في المَحِلِّ، وهذا يُؤَثِّرُ فيه، ثُمّ نُقْصانُ العيْنِ لم يُؤَثِّرْ في إسقاطِ القَطْعِ، فنُقْصانُ السِّعْرِ أولى وجه ظاهرِ الرّوايةِ على ما ذكره الكَرْخيُّ - رحمه الله - الفرْقُ بينَ النُّقْصانَيْنِ، ووجه الفرْقِ بينَهما أنّ نُقْصانَ السِّعْرِ يورِثُ شُبْهةَ نُقْصانٍ في المسروقِ وقتَ السّرقةِ؛ لأنّ العيْنَ بحالِها قائمةٌ لم تَتَغَيَّرْ، وتَغَيُّرُ السِّعْرِ ليس بمضمونٍ على السّارِقِ أصلاً فيُجْعَلَ النُّقْصانُ الطّارِئُ كالموجودِ عند السّرقةِ، بخلافِ نُقْصانِ العيْنِ؛ لأنّه يوجِبُ تَغَيُّرَ العيْنِ إذْ هو هَلاكُ بعضِ العيْنِ، وهو مضمونٌ عليه في الجُمْلةِ فلا يُمْكِنُ تقديرُ وُجودِه وقتَ السّرقةِ.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «قالاه».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زاد في المخطوط: «عن».

وكذا إذا سَرَقَ في بَلَدٍ فأخذ في بَلَدٍ آخرَ، والقيمةُ فيه أنْقَصُ ذكر الكَرْخيُّ - رحمه الله -: أنّه لا يُقْطَعُ حتّى تكونَ القيمةُ في البلدين جميعًا في السِّعْرِ عشرةَ دراهمَ، وعلى روايةِ الطَّحاويِّ - رحمه الله -: تُعْتَبَرُ قيمَتُه وقتَ السّرقةِ لا غيرُ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(ومنها) أنْ يكونَ المسروقُ الذي يُقْطَعُ فيه في الجُمْلةِ مقصودًا بالسّرقةِ لا تَبَعًا لِمقصودٍ، ولا يتعلَّقُ القَطْعُ بسَرِقَتِه في قولِهما [١].

وقال أبو يوسفَ - رحمه الله -: هذا ليس بشرطٍ.

والأصلُ في هذا أنّ المقصودَ بالسّرقةِ إذا كان مِمّا يُقْطَعُ فيه لو انفَرَدَ وبَلَغَ نِصابًا بنفسِه يُقْطَعُ بلا خلافٍ، وإنْ لم يَبْلُغْ بنفسِه نِصابًا إلاّ بالتّابعِ يَكْمُلُ النِّصابُ به فيُقْطَعُ.

وكذلك إذا كان كل واحد منهما مقصودًا، ولا يَبْلُغُ بنفسِه نِصابًا يَكْمُلُ أحدُهما بالآخرِ ويُقْطَعُ، وإنْ كان المقصودُ بالسّرقةِ مِمّا لا يُقْطَعُ فيه لو انفَرَدَ لا يُقْطَعُ، وإنْ كان معه غيرُه مِمّا [٢] يَبْلُغُ نِصابًا إذا لم يكنِ [ذلك] [٣] الغيرُ مقصودًا بالسّرقةِ، بل يكونُ تابِعًا في قولِهما [٤].

وعند أبي يوسفَ - رحمه الله - يُقْطَعُ إذا كان ذلك الغيرُ نِصابًا كامِلاً.

وبيانُ هذه الجُمْلةِ في مَسائلَ: إذا سَرَقَ إناءً من ذهبٍ، أو فضّةٍ فيه شرابٌ، أو ماءٌ أو لَبَنٌ، أو ماءُ وَرْدٍ، أو ثَريدٌ، أو نَبيذٌ أو غيرُ ذلك مِمّا لا يُقْطَعُ فيه لو انفَرَدَ؛ لم يُقْطَعْ عندهما [٥]، وعند أبي يوسفَ يُقْطَعُ.

(وجه) قولِه: أنّ ما في الإناءِ إذا كان مِمّا لا يُقْطَعُ فيه التَحقَ بالعدَمِ فيُعْتَبَرُ أخذُ الإناءِ على الانفِرادِ فيُقْطَعُ فيه.

(وجه) قولِهما: أنّ المقصودَ من هذه السّرقةِ ما في الإناءِ، والإناءُ تابعٌ، ألا ترَى [٦] أنّه

---

(١) في المخطوط: «قول أبي حنيفة ومحمد».
(٢) في المخطوط: «ما».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «قول أبي حنيفة ومحمد».
(٥) في المخطوط: «عند أبي حنيفة ومحمد».
(٦) في المطبوع: «يرى».

لو قَصَدَ الإناءَ بالأخْذِ لَأبقَى (١) ما فيه، وما في الإناءِ لا يجبُ القَطْعُ بسَرِقَتِه، فإذا لم يجبِ القَطْعُ بالمقصودِ لا يجبُ بالتّابعِ، وإلى هذا أشارَ محمّدٌ - رحمه الله - في الكتابِ فقال: إنّما أنْظُرُ إلى ما في جَوْفِه فإنْ كان ما في جَوْفِه لا يُقْطَعُ فيه؛ لم أقطَعْه ولو سَرَقَ ما في الإناءِ في الدّارِ قبل أنْ يُخْرِجَ الإناءَ منها، ثُمّ أخْرَجَ الإناءَ فارِغًا منه قُطِعَ؛ لأنّه لَمّا سَرَقَ ما فيه في الدّارِ عُلِمَ أنّ مقصودَه هو الإناءُ، والمقصودُ بالسّرقةِ إذا كان مِمّا يجبُ القَطْعُ بسَرِقَتِه، وبَلَغَ نِصابًا يُقْطَعُ، وعلى هذا الخلافِ إذا سَرَقَ صَبيًّا حُرًّا لا يُعَبِّرُ عن نفسِه، وعليه حُليٌّ، وإنْ كان يُعَبِّرُ عن نفسِه لا يُقْطَعُ بالإجماعِ؛ لأنّ له يَدًا على نفسِه، وعلى ما عليه من الحُليِّ فلا يكونُ أخْذُه سَرِقةً، بل يكونُ خِداعًا فلا يُقْطَعُ.

وكذلك إذا (٢) سَرَقَ عبدًا صَبيًّا يُعَبِّرُ عن نفسِه وعليه حُليٌّ، أو لم يكنْ لا يُقْطَعُ بلا خلافٍ، وإنْ كان لا يُعَبِّرُ عن نفسِه يُقْطَعُ عندهما (٣)، وعند أبي يوسفَ لا يُقْطَعُ؛ بناءً على أنّ سَرِقةَ مثلِ هذا العبدِ يوجِبُ القَطْعَ عندهما، وعنده لا يوجِبُ، والمسألةُ قد مَرَّتْ.

ولو سَرَقَ كلْبًا، أو غيرَه من السِّباعِ في عُنُقِه طَوْقٌ لم يُقْطَعْ، وكذلك لو سَرَقَ مُصْحَفًا مُفَضَّضًا، أو مُرَصَّعًا بياقوتٍ لم يُقْطَعْ عندهما، وعند أبي يوسفَ يُقْطَعُ؛ لِما ذَكَرْنا.

ولو سَرَقَ كوزًا قيمَتُه تِسْعةُ دراهمَ، وفيه عَسَلٌ يُساوي درهمًا يُقْطَعُ؛ لأنّ المقصودَ ما فيه من العسَلِ، والكوزُ تَبَعٌ فيَكْمُلُ نِصابُ الأصلِ به.

وكذلك لو سَرَقَ حِمارًا يُساوي تِسْعةً، وعليه إكافٌ يُساوي درهمًا يُقْطَعُ؛ لِما قُلْنا.

ولو سَرَقَ عشرةَ دراهمَ من ثوبٍ، والثّوْبُ لا يُساوي عشرةً يُنْظَرُ إنْ كان ذلك الثّوْبُ يَصْلُحُ وِعاءً لِلدّراهمِ بأنْ تُشَدَّ فيه الدّراهمُ عادةً بأنْ كانت خِرْقةً، ونحوَها يُقْطَعُ؛ لأنّ المقصودَ بالأخْذِ هو ما فيه، وإنْ كان لا يَصْلُحُ بأنْ كان ثوبَ كِرْباسَ فإنْ كان تَبْلُغُ قيمةُ الثّوْبِ نِصابًا بأنْ كان يُساوي عشرةً يُقْطَعُ بلا خلافٍ؛ لأنّ [٢/ ٢٩٦أ] الثّوْبَ مقصودٌ بنفسِه بالسّرقةِ، وإنْ كان لا يَبْلُغُ نِصابًا قال أبو حنيفةَ - رحمه الله -: لا يُقْطَعُ، وذكر في الأصلِ أنّ اللِّصَّ إنْ كان يَعْلَمُ بالدّراهمِ يُقْطَعُ، وإنْ كان لا يَعْلَمُ لا يُقْطَعُ، وهو إحدى

(١) في المطبوع: «لأبقى». (٢) في المخطوط: «إن».
(٣) في المخطوط: «عند أبي حنيفة ومحمد».

الرّوايتيْنِ عن أبي حنيفةَ، وهو قولُ أبي يوسفَ، ورُوِيَ عنه [١] أنّه يُقْطَعُ عَلِمَ بها أو لم يَعْلم، ووجهُه: أنّ العِلْمَ بالمسروقِ ليس بشرطٍ لِوُجوبِ القَطْعِ، بل الشّرطُ أنْ يكونَ نِصابًا، وقد وُجِدَ.

(وجه) روايةِ الأصلِ: أنّه إذا كان يَعْلَمُ بالدَّراهمِ كان مقصودُه بالأخْذِ الدَّراهمَ وقد بَلَغَتْ نِصابًا فيُقْطَعُ، وإذا كان لا يَعْلَمُ بها كان مقصودُه الثّوْبَ، وأنّه لم يَبْلُغِ النِّصابَ فلا يُقْطَعُ.

وجه الرّوايةِ الأُخرى لأبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - أنّ مثلَ هذا الثّوْبِ إذا كان مِمّا لا تُشَدُّ به الدَّراهمُ عادةً كان مقصودًا بنفسِه بالسّرقةِ، وإنْ لم يَبْلُغْ نِصابًا فلم يجبْ فيه القَطْعُ فكذا فيما فيه؛ لأنّه تابعٌ له ولو سَرَقَ جوالِقًا، أو جِرابًا فيه مالٌ كثيرٌ قُطِعَ؛ لأنّ المقصودَ بالسّرقةِ هو المَظْروفُ لا الظَّرْفُ، والمقصودُ مِمّا يجبُ القَطْعُ بسَرِقَتِه فيُقْطَعُ.

وكذا إذا كان الثّوْبُ لا يُساوي عشرةً، وفيه مالٌ عَظيمٌ عَلِمَ به اللِّصُّ يُقْطَعُ؛ لأنّ الثّوْبَ يَصْلُحُ وِعاءً للمالِ الكَثيرِ، ولا يَصْلُحُ وِعاءً لليَسيرِ، ففيما صَلَحَ وِعاءً له يُعْتَبَرُ ما فيه، لأنّا نَعْلَمُ يَقينًا أنّ مقصودَه ما فيه وفيما لا يَصْلُحُ يَعْتَبِرُ نفسَه مقصودًا بالسّرقةِ، وما فيه تابِعًا له ولا قَطْعَ في المقصودِ لِنُقْصانِ النِّصابِ فكذا في التّابعِ؛ لأنّ التّبَعَ حُكْمُه حُكْمُ الأصلِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في المسروق منه]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المسروقِ منه فهو أنْ يكونَ له يَدٌ صَحيحةٌ، (وهو يَدُ المِلْكِ) [٢]، أو يَدُ الأمانةِ كيَدِ المودِعِ، والمُسْتَعيرِ، والمُضارِبِ، والمُبْضِعِ، أو يَدُ الضَّمانِ كيَدِ الغاصِبِ، والقابضِ على سَوْمِ الشّراءِ، والمُرْتَهِنِ فيجبُ القَطْعُ على السّارِقِ من هَؤُلاءِ، أمّا من المالِكِ فلا شَكَّ فيه، وكذا من أمينِه؛ لأنّ يَدَ أمينِه يَدُه فالأخْذُ منه كالأخْذِ من المالِكِ، فأمّا من الغاصِبِ فإنّ مَنْفَعةَ يَدِه عائدةٌ إلى المالِكِ إذْ بها يتمكّنُ من الرَّدِّ على المالِكِ؛ ليخرُجَ عن العُهْدةِ، فكانت يَدُه يَدَ المالِكِ من وجهٍ، ولأنّ المغصوبَ مضمونٌ على الغاصِبِ. وضمانُ الغصبِ عندنا ضمانُ مِلْكٍ [٣] فأشْبَهَ يَدَ المشتري، والمقبوضُ

(١) في المخطوط: «عن أبي يوسف».
(٢) في المخطوط: «وهي يد المالك».
(٣) في المخطوط: «تملك».

على سَوْمِ الشّراءِ مضمونٌ على القابضِ، والمرهونُ مضمونٌ على المُرْتَهِنِ بالدَّيْنِ؛ فيجبُ القَطْعُ على السّارِقِ منهم، وهل يَسْتَوْفي بخُصومَتِهم حالَ غيبةِ المالِكِ؟ فيه خلافٌ نذكرُه - إنْ شاء اللَّه تعالى.

ولا يجبُ القَطْعُ على السّارِقِ من السّارِقِ؛ لأنّ يَدَ السّارِقِ ليستْ بيدٍ صَحيحةٍ إذْ ليستْ يَدَ (١) مِلْكٍ، ولا يَدَ أمانةٍ، ولا يَدَ ضمانٍ، فكان (٢) الأخْذُ منه كالأخْذِ من الطَّريقِ، وإنْ كان القَطْعُ دُرِئَ عن الأوّلِ قُطِعَ الثّاني؛ لأنّه إذا دُرِئَ عنه القَطْعُ صارتْ يَدُه يَدَ ضمانٍ، ويَدُ الضَّمانِ يَدٌ صَحيحةٌ كيَدِ الغاصِبِ، ونحوِه واللَّه تعالى عَزَّ شَأنُه أعلمُ.

فصل [في المكان المسروق فيه]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المسروقِ فيه، وهو المكانُ فهو أنْ تكونَ السّرقةُ في دارِ العدْلِ فلا يُقْطَعُ بالسّرقةِ في دارِ الحربِ، ودارِ البغْيِ؛ لأنّه لا يَدَ للإمامِ في دارِ الحربِ، ولا على دارِ البغْيِ، فالسّرقةُ الموجودةُ فيهما لا تَنْعَقِدُ سببًا لِوُجوبِ القَطْعِ.

وبيانُ هذا في مَسائلِ التُّجّارِ، أو الأسارَى من أهلِ الإسلامِ في دارِ الحربِ إذا سَرَقَ بعضُهم من بعضٍ، ثُمّ خَرَجوا إلى دارِ الإسلامِ فأخذ السّارِقُ لا يَقْطَعُه الإمامُ؛ لأنّه لا يَدَ للإمامِ في (٣) دارِ الحربِ، فالسّرقةُ الموجودةُ فيهما لم تَنْعَقِدْ سببًا لِوُجوبِ القَطْعِ، فلا تستَوْفي في دارِ الإسلامِ.

وكذلك التُّجّارُ من أهلِ العدْلِ في مُعَسْكَرِ أهلِ البغْيِ، أو الأسارَى في أيديهم إذا سَرَقَ بعضُهم من بعضٍ، ثُمّ خَرَجوا إلى أهلِ العدْلِ فأخذ السّارِقُ لم يَقْطَعْه الإمامُ؛ لأنّ السّرقةَ وُجِدَتْ في موضِعٍ لا يَدَ للإمامِ عليه فأشبَهَتِ السّرقةَ في دارِ الحربِ.

وكذلك رجلٌ من أهلِ البغْيِ جاءَ للإمامِ تائبًا (٤)، وقد سَرَقَ من أهلِ البغْيِ لم يَقْطَعْه؛ لِما قُلْنا، وكذلك رجلٌ من أهلِ العدْلِ أغارَ على مُعَسْكَرِ أهلِ البغْيِ فسَرَقَ منهم لم يَقْطَعْه الإمامُ؛ لأنّ السّرقةَ لم تَنْعَقِدْ موجِبةً للقَطْعِ لِعَدَمِ ولايةِ الاستيفاءِ فيه؛ ولأنّه أخذ عن تأويلٍ؛ لأنّ لأهلِ العدْلِ أنْ يأخذوا أموالَ أهلِ البغْيِ، ويحبِسونَها عندهم حتّى يَتوبوا،

---

(١) في المخطوط: «بيد».
(٢) في المخطوط: «فصار».
(٣) في المخطوط: «على».
(٤) في المخطوط: «ثانيا».

فكان في العِصْمةِ شُبْهةُ العدَمِ .

وكذلك الرّجلُ من أهلِ البغْيِ إذا سَرَقَ من مُعَسْكَرِ [(١)] أهلِ العدْلِ، وعادَ إلى مُعَسْكَرِه، ثُمّ أخذ بعدَ ذلك لم يُقْطَعْ ؛ لأنّهم يَعْتَقِدونَ إباحةَ أموالِنا، ولهم مَنَعةٌ، فكان أخْذُه عن تأويلٍ فلا يُقْطَعُ بالسّرقةِ كما لا يضمنُ بالإتلافِ .

ولو أنّ رجلاً من أهلِ العدْلِ سَرَقَ من إنسانٍ مالاً، وهو يَشْهَدُ عليه بالكُفْرِ، ويَسْتَحِلُّ دَمَه، ومالَه يُقْطَعُ ؛ لأنّ مُجَرَّدَ اعتِقادِ الإباحةِ لا عِبْرةَ به، ولأنّا لو اعتَبَرْنا ذلك لأدَّى إلى سَدِّ بابِ الحدِّ لأنّ كُلَّ سارِقٍ لا يَعْجِزُ عن إظهارِ ذلك فيَسْقُطَ القَطْعُ عن نفسِه، وهذا قَبيحٌ فما يُؤَدّي إليه مثلُه .

فصل [فيما تظهر به السرقة]

وأمّا بيانُ ما تَظْهَرُ به السّرقةُ [٢/ ٢٩٦ب] عند القاضي فنقولُ : - وباللّه التّوْفيقُ - السّرقةُ الموجِبةُ للقَطْعِ عند القاضي تَظْهَرُ بأحدِ أمرَيْنِ :

أحدُهما: البيِّنةُ .

والثّاني: الإقرارُ . أمّا البيّنةُ فتَظْهَرُ بها السّرقةُ إذا استُجْمِعَتْ شرائطُها ؛ لأنّها خَبَرٌ يُرَجَّحُ فيه جَنَبةُ الصِّدْقِ على جَنَبةِ الكذِبِ فيَظْهَرُ المُخْبَرُ به، وشرائطُ قَبولِ [(٢)] البيِّنةِ في بابِ السّرقةِ بعضُها يَعُمُّ البيّناتِ كُلَّها، قد ذَكَرْنا ذلك في كتابِ الشّهاداتِ، وبعضُها يَخُصُّ أبوابَ الحُدودِ، والقِصاصِ، وهو الذُّكورةُ، والعدالةُ، والأصالةُ فلا تُقْبَلُ فيها [(٣)] شهادةُ النِّساءِ، ولا شهادةُ الفُسّاقِ، ولا الشّهادةُ على الشّهادةِ ؛ لأنّ في شهادةِ هَؤُلاءِ زيادةَ شُبْهةٍ، لا ضرورةَ إلى تَحَمُّلِها فيما يُحْتالُ لِدَفْعِه، ويُحْتاطُ لِدرْئِه، وكذا عَدَمُ تَقادُمِ العهْدِ إلاّ في حَدِّ القَذْفِ، والقِصاصِ حتّى لو شَهِدوا بالسّرقةِ بعد حينٍ لم تُقْبل ولا يُقْطَعُ، ويضمنُ المالَ .

والأصلُ أنّ التّقادُمَ يُبْطِلُ الشّهادةَ على الحُدودِ الخالصةِ، ولا يُبْطِلُها على حَدِّ القَذْفِ، ولا يُبْطِلُ الإقرارَ أيضًا . والفرْقُ ذَكَرْناه في كتابِ الحُدودِ، وإنّما ضَمِن المالَ ؛ لأنّ التّقادُمَ

---

(١) زاد في المخطوط : «من» .
(٢) في المخطوط : «فنقول» .
(٣) في المخطوط : «فيه» .

إنّما يمنعُ من الشَّهادةِ على الحُدودِ الخالصةِ لِلشُّبْهةِ، والشُّبْهةُ تمنَعُ وُجوبَ الحدِّ، ولا تمنَعُ وُجوبَ المالِ، وبعضُها يَخُصُّ أربابَ الأموالِ والحُقوقِ، وهو الخُصومةُ والدَّعْوَى مِمَّنْ له يَدٌ صَحيحةٌ، حتّى لو شَهِدوا أنّه سَرَقَ من فُلانٍ الغائبِ لم تُقْبل شهادَتُهم ما لم يحضُرِ المسروقُ منه ويُخاصِمُ لِما ذَكَرْنا أنّ كونَ المسروقِ مِلْكًا لِغيرِ السّارِقِ شرطٌ (١) لِكونِ الفعلِ سَرِقةً ولا يَظْهَرُ ذلك إلاّ بالخُصومةِ فإذا لم توجَدِ [منه] (٢) الخُصومةُ لم (٣) تُقْبل شهادَتُهم، ولكنْ يُحْبَسُ السّارِقُ؛ لأنّ إخْبارَهم أورَثَ تُهْمةً، ويجوزُ الحبْسُ بالتُّهْمةِ؛ لِما رويَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ حَبَسَ رجلاً بالتُّهْمةِ (٤) وهل يُشترَطُ حُضورُ المولى لِقَبولِ البيِّنةِ القائمةِ على سَرِقةِ عبدِه مالَ إنسانٍ، والعبدُ يجحَدُ؟ اختُلِفَ فيه.

قال أبو حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ -: يُشترَطُ حتّى لو كان مولاه غائبًا لم تُقْبل البيِّنةُ، وهو إحدى الرّوايتيْنِ عن أبي يوسفَ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ - رحمه الله - روايةً أُخرى أنّه لا يُشترَطُ، ويُقْضى عليه بالقَطْعِ، وإنْ كان مولاه غائبًا.

(وجه) هذه الرّوايةِ أنّ القَطْعَ إنّما يجبُ على العبدِ بالسّرقةِ من حيث إنّه آدَميٌّ مُكَلَّفٌ لا من حيث إنّه مالٌ مملوكٌ للمولى، ومن هذا الوجه المولى أجنبيٌّ عنه فلا معنى لاشْتِراطِ حَضْرَتِه، كما لا تُشترَطُ (٥) حَضْرةُ سائرِ الأجانِبِ؛ ولهذا لو أقَرَّ بالسّرقةِ نَفَذَ إقرارُه، ولا يُشترَطُ حُضورُ (٦) المولى كذا هذا.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ -: أنّ هذه البيِّنةَ تَتَضَمَّنُ إتلافَ مِلْكِ المولى فلا يُقْضَى بها مع غيبةِ المولى كالبيِّنةِ القائمةِ على مِلْكِ شيءٍ من رَقَبةِ العبدِ، ولأنّ من الجائزِ أنّه لو كان حاضِرًا لادَّعَى شُبْهةً مانِعةً من قَبولِ الشَّهادةِ، والحُدودُ تُدْرأُ ما أمكَنَ، بخلافِ الإقرارِ؛ لأنّه بعدَما وقَعَ موجِبًا للحَدِّ لا يَمْلِكُ المولى رَدَّه بوجهٍ فلم تَتَمَكَّنْ فيه شُبْهةٌ، ولا

---

(١) في المخطوط: «شرطا». (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «لا».

(٤) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب: في الحبس في الدين وغيره، برقم (٣٦٣٠)، والترمذي، برقم (١٤١٧)، والنسائي، برقم (٤٨٧٦)، من حديث معاويةبن حيدة رضي‌الله عنه، انظر مشكاة المصابيح، رقم (٣٧٨٥).

(٥) في المخطوط: «يشترط». (٦) في المخطوط: «حضره».

تَظْهَرُ السّرقةُ بالنُّكولِ حتّى لو ادَّعَى على رجلٍ سَرِقةً فأنْكَرَ فاستُحْلِفَ فنكَلَ لا يُقْضَى عليه بالقَطْعِ، ويُقْضَى بالمالِ؛ لأنّ النُّكولَ إمّا أنْ يجريَ مجرَى البدَلِ. والقَطْعُ مِمّا لا يحتملُ البدَلَ والإباحةَ، والمالُ يحتملُ البدَلَ والإباحةَ، وإمّا أنْ يجريَ مجرَى إقرارٍ فيه شُبْهةُ العدَمِ؛ لِكونِه إقرارًا من طريقِ السُّكوتِ لا صَريحًا، والشُّبْهةُ تمنَعُ وُجوبَ الحدِّ، ولا تمنَعُ وُجوبَ المالِ.

(وأمّا) الإقرارُ فتَظْهَرُ [1] به السّرقةُ الموجِبةُ للقَطْعِ أيضًا؛ لأنّ الإنسانَ غيرُ مُتَّهَمٍ في الإقرارِ على نفسِه بالإضْرارِ بنفسِه فتَظْهَرَ به السّرقةُ، كما تَظْهَرُ بالبيِّنةِ، وبل أولى؛ لأنّ المرءَ قد يُتَّهَمُ في حَقِّ غيرِه ما لا يُتَّهَمُ في حَقِّ نفسِه، وسواءٌ كان الذي أقَرَّ بالسّرقةِ عبدًا مَأذونًا، أو مَحْجورًا بعدَ أنْ كان من أهلِ وُجوبِ القَطْعِ عليه، وعند زُفَرَ - رحمه الله - لا يُقْطَعُ بإقرارِ العبدِ من غيرِ تصديقِ المولى.

وجُملةُ الكلامِ: أنّ العبدَ إذا أقَرَّ بسَرِقةِ عَشْرةِ دراهمَ لا يخلو إمّا أنْ كان مَأذونًا، أو مَحْجورًا، والمالُ قائمٌ، أو هالِكٌ فإنْ كان مَأذونًا؛ يُقْطَعُ ثُمّ إنْ كان المالُ هالِكًا، أو مُسْتَهْلَكًا لا ضمانَ عليه سواءٌ صَدَّقَه مولاه في إقرارِه، أو كذَّبَه [فيه] [2]؛ لأنّ القَطْعَ مع الضَّمانِ لا يجتَمِعانِ عندنا، وإنْ كان المالُ قائمًا فهو للمسروقِ منه، وهذا قولُ أصحابِنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ - رحمه الله -: لا يُقْطَعُ من غيرِ تصديقِ المولى، والمالُ للمسروقِ منه.

(وجه) قولِه: أنّ إقرارَ العبدِ يتضَمَّنُ إتلافَ مالِ المولى؛ لأنّ [3] ما في يَدِ العبدِ مالُ مولاه فلا يُقْبَلُ من غيرِ تصديقِ المولى.

(ولَنا) أنّ العبدَ غيرُ مُتَّهَمٍ في هذا الإقرارِ؛ لأنّ المولى إنْ كان يتضرَّرُ به فضرَرُ العبدِ أعظَمُ، فلم يكنْ مُتَّهَمًا في إقرارِه فيُقْبَلَ؛ ولأنّه لا مِلْك للمولى في يَدِ العبدِ في حَقِّ القَطْعِ، كما لا مِلْك له في نفسِه في حَقِّ القَتْلِ، فكان العبدُ فيه مُبْقًى على أصلِ [٢/ ٢٩٧أ] الحُرّيّةِ فيُقْبَلُ إقرارُه كالحُرِّ، وبه تَبَيَّنَ أنّ إقرارَه لم يتضَمَّنْ إبطالَ حَقِّ المولى في حَقِّ القَطْعِ لِعَدَمِ الحقِّ له في حَقِّه، وإنْ كان مَحْجورًا تُقْطَعْ يَدُه، ثُمّ إنْ كان المالُ هالِكًا، أو مُسْتَهْلَكًا

---

(١) في المخطوط: «فيظهر».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لا».

لا ضمانَ عليه كذَّبَه مولاه أو صَدَّقَه، وإنْ كان قائمًا، فإنْ صَدَّقه مولاه؛ تُقْطَعُ يَدُه، والمالُ للمسروقِ منه.

وإن كذَّبه بأن قال: هذا مالي اختلف فيه أصحابُنا الثّلاثةُ قال أبو حنيفةَ: تُقْطَعُ يَدُه، والمالُ للمسروقِ منه، وقال أبو يوسفَ: تُقْطَعُ يَدُه، والمالُ للمولى، ولا ضمانَ على العبدِ في الحالِ، ولا بعدَ العِتْقِ وقال محمّدٌ: لا تُقْطَعُ يَدُه، والمالُ للمولى، ويضمنُ مثلَه للمُقَرِّ له بعدَ العِتْقِ.

وجه قولِه [١] ظاهرٌ؛ لأنّ إقرارَ المَحْجورِ بالمالِ لا يصحُّ؛ لأنّ ما في يَدِه مِلْكُ مولاه ظاهرًا وغالِبًا، وإذا لم يَنفُذْ إقرارُه بالمالِ بَقِيَ المالُ على حُكْمِ مِلْكِ المولى، ولا قَطْعَ في مالِ المولى، بخلافِ المَأذونِ؛ لأنّ إقرارَه بالمالِ جائزٌ، وإذا جاز إقرارُه بالمالِ لِغيرِه تَثْبُتُ السّرقةُ منه فيُقْطَعُ.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ: أنّ إقرارَه بالحدِّ جائزٌ، وإنْ كان لا يجوزُ بالمالِ إذْ ليس من ضرورةِ جوازِ إقرارِه في حَقِّ الحدِّ جوازُه في المالِ ألا تَرَى أنّه لو قال: سَرَقْت هذا المالَ الذي في يَدِ زَيْدٍ من عَمْرٍو يُقْبَلُ إقرارُه في القَطْعِ، ولا يُقْبَلُ في المالِ كذا هذا.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله -: أنّ إقرارَ العبدِ بالحدِّ جائزٌ؛ لِما ذَكَرْنا في العبدِ المَأذونِ فلَزِمَه القَطْعُ، فبعدَ ذلك لا يخلو إمّا أنْ يُقْطَعَ في المالِ المُقِرِّ به بعَيْنِه، ويُرَدَّ المسروقُ إلى المولى، وإمّا أنْ يُقْطَعَ في مالٍ بغيرِ عَيْنِه لا سَبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ قَطْعَ اليَدِ في مالٍ مَحْكومٍ به لِمولاه لا يجوزُ، ولا يجوزُ أنْ يُقْطَعَ في مالٍ بغيرِ عَيْنِه؛ لأنّ الإقرارَ صادَفَ مالاً مُعَيَّنًا فتَعَيَّنَ أنْ يُقْطَعَ في المالِ المُقِرِّ به بعَيْنِه، ويُرَدَّ المالُ إلى المسروقِ منه.

هذا إذا كان العبدُ بالِغًا عاقِلاً وقتَ الإقرارِ، فأمّا إذا كان صَبِيًّا عاقِلاً فلا قَطْعَ عليه؛ لأنّه ليس من أهلِ الخِطابِ بالشّرائعِ، ثُمّ يُنْظَرُ إنْ كان مَأذونًا يصحُّ إقرارُه بالمالِ فإنْ كان قائمًا يُرَدُّ عليه، وإنْ كان هالِكًا يضمنْ، وإنْ كان مَحْجورًا لا يصحُّ إقرارُه إلاّ بتصديقِ المولى، فإنْ كذَّبَه فالمالُ للمولى إنْ كان قائمًا، وإنْ كان هالِكًا لا ضمانَ عليه لا في الحالِ، ولا بعدَ العتاقِ.

---

(١) في المخطوط: «قول محمد».

ولو أقَرَّ العبدُ بسَرِقةٍ ما دونَ العشرةِ لا يُقْطَعُ؛ لأنّ النّصابَ شرطٌ، ثُمّ يُنْظَرُ إنْ كان مَأذونًا يصحّ إقرارُه، ويُرَدُّ المالُ إلى المسروقِ منه، وإنْ كان هالِكًا يضمنْ سواءٌ كان العبدُ مُخاطَبًا أو لم يكنْ، وإنْ كان مَحْجورًا، فإنْ صَدَّقَه مولاه فكذلك، وإنْ كذَّبَه فالمالُ للمولى، ويضمنُ العبدُ بعدَ العِتْقِ[1] إنْ كان مُخاطَبًا وقتَ الإقرارِ، وإنْ كان صَغيرًا لا ضمانَ عليه.

والأصلُ في جنسِ هذه المَسائلِ: أنّ كُلَّ ما لا يصحُّ إقرارُ المولى على عبدِه يصحُّ إقرارُ العبدِ فيه، ثُمّ المولى إذا أقَرَّ على عبدِه بالقِصاصِ، أو حَدِّ الزّنا، أو حَدِّ القَذْفِ، أو السّرقةِ، أو القَطْعِ في السّرقةِ لا يصحُّ، فإذا أقَرَّ العبدُ بهذه الأشياءِ يصحُّ.

(وأمّا) إذا أقَرَّ المولى على عبدِه بالجنايةِ فيما دونَ النّفسِ فيما يجبُ فيه الدَّفْعُ، أو الفِداءُ فإنّه يُنْظَرُ إنْ لم يكنْ عليه دَيْنٌ صَحَّ؛ لأنّ الجنايةَ فيما دونَ النّفسِ يُسْلَكُ فيها مسلَكُ الأموالِ فكَأنّ المولى أقَرَّ عليه بالدَّيْنِ.

ولو أقَرَّ عليه بالدَّيْنِ يصحُّ كذا هذا، وإنْ كان عليه دَيْنٌ لا يصحُّ؛ لأنّه لو أقَرَّ عليه بالدَّيْنِ، وعليه دَيْنٌ لا يصحُّ كذا إذا أقَرَّ عليه بالجنايةِ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وعَدَمُ التّقادُمِ في الإقرارِ [(إقرارُ العبدِ بالسّرقةِ)][2] ليس بشرطٍ لِجوازِه فيجوزُ سواءٌ تَقادَمَ عَهْدُ السّرقةِ أو لا، بخلافِ البيِّنةِ، والفرقُ ذَكَرْناه في كتابِ الحُدودِ، واختُلِفَ في العَدَدِ في هذا الإقرارِ: أنّه هل هو شرطٌ: قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ - رحمهما الله -: ليس بشرطٍ، ويَظْهَرُ بالإقرارِ مَرّةً واحدةً.

وقال أبو يوسفَ - رحمه الله - شرطٌ فلا يُقْطَعُ ما لم يُقِرَّ مَرّتَيْنِ في مكانيْنِ، والدَّلائلُ ذَكَرْناها في كتابِ الحُدودِ، وكذا اختُلِفَ في دعوى المسروقِ منه أنّها هل هي شرطُ كونِ الإقرارِ مُظْهِرًا لِلسّرقةِ كما هي شرطُ كونِ البيِّنةِ مُظْهِرةً لها؟ قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ - رحمهما الله - شرطٌ حتّى لو أقَرَّ السّارِقُ أنّه سَرَقَ مالَ فُلانٍ الغائبِ لم يُقْطَعْ ما لم يحضُرِ المسروقُ منه، ويُخاصَمُ عندهما.

وقال أبو يوسفَ الدَّعْوَى في الإقرارِ ليستْ بشرطٍ، ويُقْطَعُ حالَ غَيْبةِ المسروقِ منه.

---

(١) في المخطوط: «العتاق».

(٢) ليست في المخطوط.

(وجه) قوله [١]: أنّ إقرارَه بالسّرقةِ إقرارٌ على نفسِه، والإنسانُ يُصَدَّقُ في الإقرارِ على نفسِه؛ لِعَدَمِ التُّهْمةِ، ولهذا لو أقَرَّ بالزِّنا بامرأةٍ، وهي غائبةٌ قُبِلَ إقرارِه [و] [٢] حُدَّ كذا هذا، ولهما ما رويَ أنّ سَمُرةَ رضي الله عنه قال لِلنّبيِّ عليه الصلاة والسلام: إنّي سَرَقْت لِآلِ فُلانٍ فأنْفَذَ إليهم رسولُ اللّه ﷺ فسَألَهم فقالوا: إنّا فقدنا بَعيرًا لَنا في ليلةِ كذا فقَطَعَه فلولا أنّ المُطالَبةَ شرطُ ظُهورِ السّرقةِ بالإقرارِ لم يكنْ ليَسْألَهم، بل كان يَقْطَعُ السّارِقَ، [٢/ ٢٩٧ب] ولأنّ كُلَّ مَنْ في يَدِه شيءٌ فالظّاهرُ أنّه مِلْكُه.

«فأمّا) إذا) [٣] أقَرَّ به لِغيرِه لم يُحْكَمْ بزَوالِ مِلْكِه عنه حتّى يُصَدِّقَه المُقَرُّ له، والغائبُ يجوزُ أنْ يُصَدِّقَه فيه، ويجوزُ أنْ يُكذِّبَه فبَقيَ على حُكْمِ مِلْكِ السّارِقِ فلا يُقْطَعُ، ولأنّ في ظُهورِ السّرقةِ بهذا الإقرارِ شُبْهةَ العدَمِ لاحتمالِ التّكْذيبِ من المسروقِ منه فإنّه يُحْتَمَلُ أنْ يحضُرَ فيُكذِّبه في إقرارِه، بخلافِ الإقرارِ بالزِّنا بامرأةٍ غائبةٍ أنّه يُحَدُّ المُقِرُّ.

وإنْ كان يُحْتَمَلُ أنْ تَحْضُرَ المرأةُ فتَدَّعي شُبْهةً؛ لأنّ هناك لو كانت حاضِرةً، وادَّعَتِ الشُّبْهةَ يَسْقُطُ الحدُّ لأجلِ الشُّبْهةِ فلو سَقَطَ عند غَيْبَتِها لَسَقَطَ لِشُبْهةِ الشُّبْهةِ، وأنّها غيرُ مُعْتَبَرةٍ في درْءِ الحدِّ، وههنا بخلافِه؛ لأنّ المسروقَ منه لو كان حاضِرًا، وكذَّبَ السّارِقَ في إقرارِه بالسّرقةِ منه لم يُقْطَعْ لا لِمكانِ الشُّبْهةِ، بل لانعِدامِ فعلِ السّرقةِ، فلم يكنِ في السُّقوط حالَ الغيْبةِ اعتِبارَ شُبْهةِ الشُّبْهةِ واللّه تعالى أعلم.

قال محمدٌ رحمه الله: لو قال سَرَقْت هذه الدَّراهمَ، ولا أدْري لِمَنْ هي، أو قال: سَرَقْتها، ولا أُخبِرُك مَنْ صاحبُها: لا يُقْطَعُ؛ لأنّ جَهالةَ المسروقِ منه فوْقَ غَيْبَتِه، ثُمّ الغيْبةُ لَمّا مَنَعَتِ القَطْعَ على أصلِه فالجهالةُ أولى؛ ولأنّ الخُصومةَ لَمّا كانت شرطًا، فإذا كان المسروقُ منه مجهولاً [لم] [٤] تَتَحقَّق الخُصومةُ فلا يُقْطَعُ.

وإذا عُرِفَ [٥] أنّ الخُصومةَ شرطُ ظُهورِ السّرقةِ الموجِبةِ للقَطْعِ بالبيِّنةِ على الاتِّفاقِ، وبالإقرارِ على الاختلافِ فلا بُدَّ من بيانِ مَنْ يَمْلِكُ الخُصومةَ، ومَنْ لا يَمْلِكُها فنقولُ: - وباللّه التّوْفيقُ - الأصلُ أنّ كُلَّ مَنْ كان له يَدٌ صَحيحةٌ يَمْلِكُ الخُصومةَ، ومَنْ لا فلا،

---

(١) في المخطوط: «قول أبي يوسف».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فإذا».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «عرفت».

فللمالِكِ أنْ يُخاصِمَ السّارِقَ إذا سَرَقَ منه لا شَكَّ فيه؛ لأنّ يَدَ المالِكِ يَدٌ صَحيحةٌ.

وأمّا المودِعُ، والمُسْتَعيرُ، والمُضارِبُ، والمُبْضِعُ، والغاصِبُ، والقابضُ على سَوْمِ الشّراءِ، والمُرْتَهِنُ فلا خلافَ بينَ أصحابِنا رضي الله عنهم في أنّ لهم أنْ يُخاصِموا السّارِقَ، وتُعْتَبَرُ خُصومَتُهم في حَقِّ ثُبوتِ ولايةِ الاستِرْدادِ، والإعادةِ إلى أيديهم، وأمّا في حُقوقِ [(١)] القَطْعِ فكذلك عند أصحابِنا الثّلاثةِ - رحمهم الله - ويُقْطَعُ السّارِقُ بخُصومَتِهم [(٢)]، وعند زُفَرَ - رحمه الله -: لا تُعْتَبَرُ خُصومَتُهم في حَقِّ القَطْعِ، ولا يُقْطَعُ السّارِقُ بخُصومةِ هَؤُلاءِ.

وعند الشّافعي - رحمه الله -: لا يُعْتَبَرُ بخُصومةِ غيرِ المالِكِ أصلاً لا في حَقِّ القَطْعِ، ولا في حَقِّ ولايةِ الاستِرْدادِ [(٣)].

(ووجه) [(٤)] قولِ زُفَرَ - رحمه الله -: أنّ يَدَ هَؤُلاءِ ليستْ بيدٍ صَحيحةٍ في الأصلِ أمّا يَدُ المُرْتَهِنِ فظاهرٌ؛ لأنّها يَدُ حِفْظٍ لا أنّه يَثْبُتُ [(٥)] له ولايةُ الخُصومةِ لِضرورةِ الإعادةِ إلى يَدِ الحِفْظِ ليتمَكَّنَ من التّسليمِ إلى المالِكِ، وكذلك يَدُ الغاصِبِ، والقابضِ - على سَوْمِ الشّراءِ - والمُرْتَهِنِ يَدُهم يَدُ ضمانٍ لا يَدُ خُصومةٍ، وإنّما يَثْبُتُ لهم ولايةُ الخُصومةِ لإمكانِ الرَّدِّ إلى المالِكِ، فكان ثُبوتُ ولايةِ الخُصومةِ لهم بطريقِ الضَّرورةِ، والثّابِتُ بضرورةٍ [(٦)] يكونُ عَدَمًا فيما وراء مَحِلِّ الضَّرورةِ؛ لانعِدامِ عِلّةِ [(٧)] الثّبوتِ وهي الضَّرورةُ، فكانت الخُصومةُ مُنْعَدِمةً في حَقِّ القَطْعِ، ولا قَطْعَ بدونِ الخُصومةِ؛ ولهذا لا يُقْطَعُ بخُصومةِ السّارِقِ كذا هذا.

(ولَنا) أنّ الخُصومةَ شرطُ صَيْرورةِ البيِّنةِ حُجّةً مُظْهِرةً لِلسّرقةِ؛ لِما بَيَّنّا أنّ الفعلَ لا

---

(١) في المخطوط: «حق».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٦٩)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٠٠)، الاختيار (٤/ ١٠٥)، البناية (٦/ ٤٤١)، الدر المختار (٤/ ١٠٦).

(٣) **وفي بيان مذهب الشافعية**: إذا أقر بأنه سرق من فلان الغائب سرقة توجب القطع ففيه وجهان أصحهما أن ينتظر حضوره ومطالبته؛ لأنه ربما حضر، وأقر أنه كان أباحه المال فيسقط الحد وإن كذبه السارق، والوجه الثاني أنه يقطع في الحال. انظر: مختصر الطحاوي (ص ٢٧١)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٠١)، البناية (٦/ ٤٤١)، الدر المختار (٤/ ١٠٧).

(٤) في المخطوط: «وجه».

(٥) في المخطوط: «ثبتت».

(٦) في المخطوط: «بالضرورة».

(٧) في المخطوط: «غلبة».

يتحقَّقُ سَرِقةً ما لم يُعْلم أنّ المسروقَ (مِلْكُ غيرِ) [١] السّارِقِ، وإنّما يُعْلَمُ ذلك بالخُصومةِ، فكانت الخُصومةُ شرطُ كونِ البيِّنةِ مُظْهِرةً لِلسّرقةِ، وكونُها مُظْهِرةً لِلسّرقةِ ثَبَتَ بخُصومةِ هَؤُلاءِ، وإذا ظَهَرَتِ السّرقةُ يُقْطَعُ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]، بخلافِ السّارِقِ أنّه لا يُقْطَعُ بخُصومَتِه؛ لأنّ يَدَه ليستْ بصَحيحةٍ؛ لِما نذكرُ على أنّ عَدَمَ القَطْعِ هناك لِخَلَلٍ في مِلْكِ المسروقِ؛ لِما بيَّنّا فيما تَقَدَّمَ، وههنا لا خَلَلَ في العِصْمةِ.

ألا تَرَى أنّ هناك لا يُقْطَعُ بخُصومةِ المالِكِ، وههنا يُقْطَعُ [٢] ولو حَضرَ المالِكُ، وغابَ المُرْتَهِنُ هل له أنْ يُخاصِمَ السّارِقَ، ويَقْطَعَه، ذكر في الجامِعِ الصّغيرِ أنّ له ذلك، ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ - رحمه الله - أنّه ليس له ذلك.

(وجه) روايةِ ابنِ سِماعةَ أنّ ولايةَ الخُصومةِ للمسروقِ منه، والمالِكُ ليس بمسروقٍ منه؛ لأنّ السّارِقَ لم يَسْرِقْ منه، وإنّما سَرَقَ من غيرِه فلم يكنْ له ولايةُ الخُصومةِ.

(وجه) روايةِ الجامِعِ أنّ الخُصومةَ في بابِ السّرقةِ إنّما شُرِطَتْ ليُعْلَمَ أنّ المسروقَ مِلْكُ غيرِ السّارِقِ، وهذا يحصُلُ بخُصومةِ المالِكِ فتَصِحُّ خُصومَتُه كما تَصِحُّ خُصومةُ المُرْتَهِنِ، بل أولى؛ لأنّ يَدَ المُرْتَهِنِ يَدُ نيابةٍ فلَمّا صَحَّتِ الخُصومةُ بيدِ النّيابةِ فيَدُ الأصالةِ أولى، ولو حَضرَ المغصوبُ منه، وغابَ الغاصِبُ، ذكر في الجامِعِ الصّغيرِ أنّ له أنْ يُخاصِمَ، ويُطالِبَ بالقَطْعِ، ولم يَذْكُرِ ابنُ سِماعةَ في الغصبِ خلافًا، وذكر القُدوريُّ - عليه الرَّحْمةُ - أنّه يَنْبَغي أنْ يكونَ الخلافُ فيهما واحدًا، وليس لِلرّاهِنِ أنْ يُخاصِمَ السّارِقَ فيَقْطَعَه؛ لأنّه ليس له حَقُّ القبضِ قبل قضاءِ الدَّيْنِ فلا يَمْلِكُ المُطالَبةَ، [٢/ ٢٩٨أ] حتّى لو قضى الدَّيْنَ له أنْ يُخاصِمَ؛ لأنّه ثَبَتَ له ولايةُ القبضِ بالفِكاكِ.

قال القُدوريُّ - رحمه الله -: وعلى قياس روايةِ ابنِ سِماعةَ لا يَثْبُتُ لِلرّاهِنِ ولايةُ المُطالَبةِ مع غَيْبةِ المُرْتَهِنِ كما في [يد] [٣] المودِعِ، بل أولى؛ لأنّ يَدَ المُرْتَهِنِ أقوى من يَدِ المودِعِ؛ لأنّ يَدَ المُرْتَهِنِ لِنفسِه، ويَدَ المودِعِ لِغيرِه.

ولو هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِ السّارِقِ كان للمُرْتَهِنِ أنْ يَقْطَعَه، ولا سَبيلَ لِلرّاهِنِ عليه؛ لأنّ

---

(١) في المخطوط: «غير ملك».
(٢) في المخطوط: «لا يقطع».
(٣) زيادة من المخطوط.

المُرْتَهِنَ كان له ولايةُ القَطْعِ قبل الهَلاكِ، وهَلاكُ المَحِلِّ لا يُسْقِطُ القَطْعَ فيُثْبِتَ الولايةَ، (فأمّا) الرّاهنُ فلم يَبْقَ له حَقٌّ في المرهونِ ألا تَرَى أنّه سَقَطَ عنه الدَّيْنُ بهَلاكِه فلا تَثْبُتُ له ولايةُ المُطالَبةِ.

(وأمّا) السّارقُ فلا يَمْلِكُ الخُصومةَ؛ لأنّ يَدَه ليستْ بمضمونةٍ؛ لأنّها ليستْ بيدِ مِلْكٍ، ولا يَدِ ضمانٍ، ولا يَدِ أمانةٍ فصار الأخْذُ من يَدِه كالأخذِ من الطَّريقِ فلم يكنْ له أنْ يُخاصِمَ الثّانيَ بالقَطْعِ، ولا للمالِكِ أيضًا ولايةُ المُخاصَمةِ؛ لأنّ أخْذَ المالِ من اليَدِ الصّحيحةِ شرطُ وُجوبِ القَطْعِ، ولم يوجدْ فلا يجبُ القَطْعُ، فلا تَثْبُتُ [له] [1] ولايةُ المُطالَبةِ، وهل لِلسّارِقِ الأوّلِ أنْ يُطالِبَ الثّانيَ بردِّ المسروقِ إلى يَدِه قالوا: فيه روايَتانِ في روايةٍ له ذلك، وفي روايةٍ ليس له ذلك.

(وجه) الروايةِ الأولى: على نحوِ ما بَيَّنّا: أنّ المسروقَ منه لمالم تكُنْ له يَدٌ صَحيحةٌ فصار الأخْذُ منه كالأخذِ من الطَّريقِ سواءٌ.

(وجه) الروايةِ الثانيةِ: أنّ من الجائزِ أنْ يختارَ المالِكُ الضَّمانَ، ويَتْرُكَ القَطْعَ فيحتاجُ إلى أنْ يَسْتَرِدَّه من يَدِه فيَدْفَعُ إليه فيتخَلَّصُ عن الضَّمانِ كما في الغصبِ ونحوِه على ما مَرَّ وذكر القُدوريُّ - عليه الرَّحْمةُ - أنّه يجوزُ أنْ يُقال ما لم يُقْطَعْ فلَه ذلك.

(وأمّا) بعدَ القَطْعِ فليس له ذلك؛ لأنّ قبل القَطْعِ يُحْتَمَلُ اختيارُ الضَّمانِ، وبعدَه لا، قال ويجوزُ أنْ يُقال له ذلك بعدَ القَطْعِ أيضًا؛ لأنّ الضَّمانَ إنْ لم يجبْ عليه في القضاءِ فهو واجبٌ عليه فيما بينَه وبينَ اللّه تعالى؛ فيحتاجُ إلى الاستِرْدادِ ليتخَلَّصَ عن الضَّمانِ الواجبِ عليه فيما بينَه وبينَ اللّه - سبحانه وتعالى - ولا تَظْهَرُ السّرقةُ الموجِبةُ للقَطْعِ بعِلْمِ [2] القاضي، سواءٌ استَفادَه قبل زَمانِ القضاءِ، أو في زَمانِ القضاءِ؛ لِما ذَكَرْنا في كتابِ أدَبِ القاضي، واللّه سبحانه وتعالى أعلم.

فصل [في حكم السرقة]

وأمّا حُكْمُ السّرقةِ فنقولُ - وباللّه التّوْفيقُ -: لِلسّرقةِ حُكْمانِ: أحدُهما: يتعَلَّقُ بالنّفسِ، والآخرُ: يتعَلَّقُ بالمالِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «فعلم».

(أمّا) الذي يتعلّقُ بالنّفسِ فالقَطْعُ لِقولِه سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]؛ ولِما رَوَيْنا من الأخْبارِ، وعليه إجماعُ الأُمّةِ، فالكَلامُ [١] في هذا الحُكْمِ [يَقَعُ] [٢] في مَواضِعَ:

في بيانِ صِفاتِ هذا الحُكْمِ.

وفي بيانِ مَحِلِّ إقامتِه.

وفي بيانِ مَنْ يُقيمُه.

وفي بيانِ ما يَسْقُطُ بعدَ ثُبوتِه.

وفي بيانِ حُكْمِ السُّقوطِ بعدَ الثُّبوتِ، أو عَدَمِ الثُّبوتِ أصلاً لِمانِعٍ من الشُّبْهةِ.

(أمّا) صِفاتُ هذا الحُكْمِ فأنواعٌ:

(منها) أنْ [٣] يَبْقَى وُجوبُ ضمانِ المسروقِ عندنا فلا يجبُ الضّمانُ والقَطْعُ في سَرِقةٍ واحدةٍ، ولَقَبُ المسألةِ أنّ الضَّمانَ والقَطْعَ هل يجتَمِعانِ في سَرِقةٍ واحدةٍ؟ عندنا لا يجتَمِعانِ حتّى لو هَلَك المسروقُ في يَدِ السّارِقِ بعدَ القَطْعِ، أو قبله لا ضمانَ عليه [٤].

وعند الشافعي - رحمه الله -: يجتمعان فيُقْطَعُ، ويضمنُ ما استَهْلكه [٥].

(وجه) قولِه: أنّه وُجِدَ من السّارِقِ سببُ وُجوبِ القَطْعِ والضَّمانِ؛ فيجبانِ جميعًا، وإنّما قُلْنا ذلك؛ لأنّه وُجِدَ منه السّرقةُ، وإنّها سببٌ لِوُجوبِ القَطْعِ، والضَّمانِ؛ لأنّها جنايةٌ [على] [٦] حَقَّيْنِ: حَقِّ اللَّه - عزّ وجلّ - وحَقِّ المسروقِ منه.

(أمّا) الجنايةُ على حَقِّ اللَّه - سبحانه وتعالى - فهَتْكُ [حُرْمةِ] [٧] حِفْظِ اللَّه - سبحانه وتعالى - إذِ المالُ حالَ غَيْبةِ المالِكِ مَحْفوظٌ بِحِفْظِ اللَّه - سبحانه وتعالى -.

---

(١) في المخطوط: «والكلام».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «أنه».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: الدر المختار (٤/ ١١٠)، مختصر الطحاوي (ص ٢٦٩)، المبسوط (٩/ ١٥٦)، شرح فتح القدير (٥/ ٤١٣، ٤١٤)، اللباب (٣/ ٢١٠).
(٥) ومذهب الشافعية: أن السارق يضمن الغرم مع القطع إذا تلفت العين المسروقة. انظر: الأم (٦/ ١٥١)، مختصر المزني (ص ٤٦٤)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٢١)، المنهاج (ص ١٣٤).
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) ليست في المخطوط.

(وأمّا) الجنايةُ على حَقِّ العبدِ فبإتلافِ مالِه، فكانت الجنايةُ على حَقَّيْنِ، فكانت مضمونةً بضمانَيْنِ فيجبُ ضمانُ القَطْعِ من حيث إنّها جنايةٌ على حَقِّ اللَّه - سبحانه وتعالى - وضمانُ المالِ من حيث إنّها جنايةٌ على حَقِّ العبدِ، كمَنْ شرِبَ خمرَ الذِّمّيِّ أنّه يجبُ [١] عليه الحدُّ حَقًّا لِلَّه تعالى، والضَّمانُ حَقًّا للعَبيدِ.

وكذا قَتْلُ الخطأِ يوجِبُ الكَفّارةَ حَقًّا لِلَّه تعالى، والدّيةَ حَقًّا للعبدِ، كذا هذا، والدَّليلُ عليه أنّ المسروقَ لو كان قائمًا يجبُ رَدُّه على المالِكِ فدَلَّ أنّه بَقِيَ معصومًا حَقًّا للمالِكِ.

(ولَنا) الكتابُ والسُّنّةُ والمعقولُ: أمّا الكتابُ العزيزُ فقولُه سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا﴾ [المائدة:٣٨]، والاستِدْلالُ بالآيةِ من وجهَيْنِ:

احدُهما: أنّ اللَّهَ - سبحانه وتعالى - سَمَّى القَطْعَ جَزاءً، والجزاءُ يُبنَى على الكِفايةِ فلو ضَمَّ إليه الضَّمانُ لم يكنِ القَطْعُ كافيًا فلم يكنْ جَزاءً تعالى اللَّه - سبحانه عَزَّ شَأنُه - عن الخُلْفِ في الخبَرِ.

والثّاني: أنّه جعل القَطْعَ كُلَّ الجزاءِ؛ لأنّه عَزَّ شَأنُه ذكره، ولم يَذْكُرْ غيرَه فلو أوجَبنا الضَّمانَ لَصار القَطْعُ بعضَ الجزاءِ؛ فيكونُ نَسْخًا لِنَصِّ الكتابِ العزيزِ.

وأمّا السُّنّةُ فما رُوِيَ عن - سَيِّدِنَا - عبدِ الرَّحْمَنِ بنِ عَوْفٍ رضي الله عنه عن رَسُولِ اللَّه ﷺ قالَ: «إذَا قُطِعَ السّارِقُ فلَاغُرْمَ عليهِ» [٢]، والغُرْمُ في [٢/ ٢٩٨ب] اللُّغةِ ما يَلْزَمُ أداؤُه، وهذا نَصٌّ في البابِ.

(وأمّا) المعقولُ فمن وجهَيْنِ:

احدُهما: بناءٌ، والآخرُ ابتِداءٌ أمّا وجه البِناءِ فهو: أنّ المضموناتِ عندنا تُمْلَكُ (عند أداءِ) [٣] الضَّمانِ، أو اختيارِه من وقتِ الأخْذِ فلو ضَمَّنّا السّارِقَ قيمةَ المسروقِ، أو مثلَه لَمَلَكَ المسروقَ من وقتِ الأخْذِ فتَبَيَّنَ أنّه قُطِعَ في مِلْكِ نفسِه، وذلك لا يجوزُ.

---

(١) في المخطوط: «شرب».

(٢) ضعيف: أخرجه النسائي، كتاب قطع السارق، باب: تعليق يد السارق في عنقه، برقم (٤٩٨٤)، والدارقطني (٣/ ١٨٢)، برقم (٢٩٧)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٧٧)، والطبراني في الأوسط (٩/ ١١١)، برقم (٩٢٧٤). انظر ضعيف سنن النسائي.

(٣) في المخطوط: «بأداء».

(وأمّا) وجه الابتِداءِ فما قاله بعضُ مَشايِخِنا وهو: أنّ الضَّمانَ إنّما يجبُ بأخْذِ مالٍ معصومٍ ثَبَتَتْ عِصْمَتُه حَقًّا للمالِكِ؛ [لأن الضمان مال مغصوم ثبتت عصمته حقًّا للمالك] (١) فيجبُ أنْ يكونَ المضمونُ بهذه الصِّفةِ؛ ليكونَ اعتِداءً بالمثلِ في ضمانِ العُدْوانات، والمضمونُ حالةَ السّرقةِ خرج من أنْ يكونَ معصومًا حَقًّا للمالِكِ بدَلالةِ وُجوبِ القَطْعِ، ولو بَقِيَ معصومًا حَقًّا للمالِكِ لَما وجَبَ، إذِ الثّابِتُ حَقًّا للعبدِ يَثْبُتُ لِدَفْعِ حاجَتِه، وحاجةُ السّارِقِ كحاجةِ المسروقِ منه فتَتَمَكَّنُ فيه شُبْهةُ الإباحةِ، وإنّها تمنَعُ وُجوبَ القَطْعِ، والقَطْعُ واجبٌ فيَنْتَفي الضَّمانُ ضرورةً إلاّ أنّه وجَبَ رَدُّ المسروقِ حالَ قيامِه؛ لأنّ وُجوبَ الرَّدِّ يَقِفُ على المِلْكِ لا على العِصْمةِ.

ألا تَرَى أنّ مَنْ غَصَبَ خمرَ المسلمِ يُؤمَرُ بالرَّدِّ إليه؛ لِقيامِ مِلْكِه فيها، ولو هَلكتْ في يَدِ الغاصِبِ لا ضمانَ عليه؛ لِعَدَمِ العِصْمةِ فلم يكنْ من ضرورةِ سُقوطِ العِصْمةِ الثّابِتةِ حَقًّا للعبدِ زَوالُ مِلْكِه عن المَحِلّ، وههنا المِلْكُ قائمٌ فيُؤمَرُ بالرَّدِّ إليه، والعِصْمةُ زائلةٌ فلا يكونُ مضمونًا (٢) بالهَلاكِ، ويُخَرّج على هذا الأصلِ مَسائلُ إذا استَهْلَكَ السّارِقُ المسروقَ بعدَ القَطْعِ لا يضمنُ في ظاهرِ الرّوايةِ، ورَوَى الحسنُ عن أبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّه يضمنُ.

(**وجه) هذه الرّوايةِ**: أنّ المسروقَ بعدَ القَطْعِ بَقِيَ على مِلْكِ المسروقِ منه ألا تَرَى أنّه يجبُ رَدُّه على المالِكِ، وقبضُ السّارِقِ ليس بقبضٍ مضمونٍ، فكان المسروقُ في يَدِه بمنزلةِ الأمانةِ فإذا استَهْلكها ضَمن.

(**وجه) ظاهرِ الرّوايةِ**: أنّ عِصْمةَ المَحِلِّ الثّابِتةِ حَقًّا للمالِكِ قد سَقَطَتْ في حَقِّ السّارِقِ لِضرورةِ إمكانِ إيجابِ القَطْعِ، فلا يَعودُ إلاّ بالرَّدِّ إلى المالِكِ فلم يكنْ معصومًا قبله؛ فلا يكونُ مضمونًا.

ولو استُهْلِك (٣)؛ رجلٌ آخرُ يضمنُه؛ لأنّ العِصْمةَ إنّما سَقَطَتْ في حَقِّ السّارِقِ لا في حَقِّ غيرِه؛ فيضمنُ، ولو سَقَطَ القَطْعُ لِشُبْهةٍ ضَمن؛ لأنّ المانِعَ من الضَّمانِ هو القَطْعُ، وقد زالَ المانِعُ.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «مقترنًا».
(٣) في المخطوط: «استهلكه».

ولو باع السّارِقُ المسروقَ من إنسانٍ، أو مَلكه منه بوجهٍ من الوُجوه، فإنْ كان قائمًا فلِصاحبِه أنْ يأخذَه؛ لأنّه عَيْنُ مِلْكِه، وللمَأخوذِ منه أنْ يرجعَ على السّارِقِ بالثّمنِ الذي دَفَعَه؛ لأنّ الرُّجوعَ بالثّمنِ لا يوجِبُ ضمانًا على السّارِقِ في عَيْنِ المسروقِ؛ لأنّه يرجعُ عليه بثَمَنِ المسروقِ لا بقيمَتِه ليوجِبَ ذلك مِلْك المسروقِ لِلسّارِقِ، وإنْ كان هَلَكَ في يَدِه فلا ضمانَ على السّارِقِ، ولا على القابضِ هَكذا رويَ عن أبي يوسفَ.

أمّا السّارِقُ؛ فلأنّ القَطْعَ يَنْفي الضَّمانَ وأمّا المشتري؛ فلأنّه لو ضَمنه المالِكُ لكان له أنْ يرجعَ بالضَّمانِ على السّارِقِ فيَصيرُ كأنّ المالِك ضَمن السّارِقَ، وقَطْعُه يَنْفي الضَّمانَ عنه [١]، وإنْ كان استَهْلكه القابضُ كان للمالِكِ أنْ يُضَمِّنَه القيمةَ؛ لأنّه قبَض مالَه بغيرِ إذنِه، وهَلَك في يَدِه، وللمشتري أنْ يرجعَ على السّارِقِ بالثّمنِ؛ لأنّ الرُّجوعَ بالثّمنِ ليس بتَضْمينٍ.

ولو اغْتَصَبَه إنسانٌ من السّارِقِ فهَلَك في يَدِه بعدَ القَطْعِ فلا ضمانَ لِلسّارِقِ [٢]، ولا للمسروقِ منه:

(أمّا) السّارِقُ؛ فلأنّه ليس بمالِكٍ وأمّا المالِكُ؛ فلأنّ العِصْمةَ الثّابِتةَ له حَقًّا قد بَطَلَتْ.

قال القُدوريُّ: وكان للمولى أنْ يُضَمِّنَه [٣] الغاصِبَ؛ لأنّه لو ضَمن لا يرجعُ بالضَّمانِ على السّارِقِ [٤]، وعلى هذا يخرُجُ ما إذا سَرَقَ ثوبًا فخَرَقَه في الدّارِ خَرْقًا فاحشًا، ثُمّ أخرَجَه وهو يُساوي عشرةَ دراهمَ لا يُقْطَعُ؛ لأنّ الخرْقَ الفاحشَ سببٌ لِوُجوبِ الضّمانِ، وأنّه يوجِبُ مِلْك المضمونِ، وذلك يمنعُ القَطْعَ، وإنْ خرَقَه عَرْضًا؛ فقد مَرَّ الاختلافُ فيه.

(ومنها): أنْ يجريَ فيه التّداخُلُ، حتّى إنّه لو سَرَقَ سَرقاتٍ فرفع فيها كُلِّها فقُطِعَ، أو رفع في بعضِها فقُطِعَ فيما رفع فالقَطْعُ لِلسّرقاتِ كُلِّها، ولا يُقْطَعُ في شيءٍ منها بعدَ ذلك؛ لأنّ أسبابَ الحُدودِ إذا اجتَمعتْ - وأنّها من جنسٍ واحدٍ - يُكْتَفَى فيها بحَدٍّ واحدٍ كما في الزّنا، وهذا؛ لأنّ المقصودَ من إقامةِ الحدِّ هو الزّجْرُ والرَّدْعُ، وذلك يحصُلُ بإقامةِ الحدِّ الواحدِ، فكان في إقامةِ الثّاني والثّالِثِ شُبْهةُ عَدَمِ الفائدةِ فلا يُقامُ؛ ولهذا يُكْتَفَى [٥] في

(١) في المخطوط: «عليه».
(٢) في المخطوط: «على السارق».
(٣) في المخطوط: «يضمن».
(٤) في المخطوط: «الغاصب».
(٥) في المخطوط: «اكتفى».

بابِ الزِّنا بالإقامةِ لأوّلِ حَدٍّ كذا هذا، ولأنّ مَحِلَّ الإقامةِ قد فاتَ، إذْ مَحِلُّها اليَدُ اليُمْنَى؛ لأنّ كُلَّ سَرِقةٍ وُجِدَتْ ما أوجَبَتْ إلاّ قَطْعَ اليَدِ اليُمْنَى، فإذا قُطِعَتْ في واحدةٍ منها فقد فاتَ مَحِلُّ الإقامةِ، وصار كما لو ذهبتِ اليَدُ اليُمْنَى بآفةٍ سَماويّةٍ.

وأمّا حُكْمُ الضَّمانِ [٢/ ٢٩٩أ] فلا خلافَ بينَ أصحابِنا رضي الله عنهم في أنّه إذا حَضرَ أصحابُ السّرقاتِ، وخاصَموا فيها فقُطِعَ بمُخاصَمَتِهم أنّه لا ضمانَ على السّارِقِ في السّرقاتِ كُلِّها؛ لأنّ مُخاصَمةَ المسروقِ منه بالقَطْعِ بمنزلةِ الإبراءِ عن الضَّمانِ عندنا، فإذا خاصَموا جميعًا فكأنّهم أبرَءوا، وأمّا إذا خاصَمَ واحدٌ في سَرِقةٍ فقُطِعَ فلا ضمانَ على السّارِقِ فيما خوصِمَ بإجماعٍ بينَ أصحابِنا رضي الله عنهم، وأمّا فيما لم يُخاصَمْ فيه فقد اختلَفوا، قال أبو حنيفةَ - رحمه الله -: لا ضمانَ عليه في شيءٍ من السّرقاتِ خاصَموا، أو لم يُخاصِموا.

وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ - رحمهما الله -: يضمنُ في السّرقاتِ كُلِّها إلاّ فيما خوصِمَ.

(وجه) قولهما: أنّ المسروقَ منه مُخَيَّرٌ بينَ أنْ يَدَّعيَ المالَ ليَسْتَوْفيَ حَقَّه، وهو الضَّمانُ، وبينَ أنْ يَدَّعيَ السّرقةَ ليَسْتَوْفيَ في حَقِّ اللَّه - سبحانه وتعالى - وهو القَطْعُ، ولا ضمانَ له، فكان سُقوطُ الضَّمانِ مَبنيًّا على دعوى السّرقةِ والخُصومةِ فيها، فمَنْ خاصَمَ منهم فقد وُجِدَ منه ما يوجِبُ سُقوطَ الضَّمانِ، ومَنْ لم يُخاصِمْ؛ لم يوجدْ منه المُسْقِطُ فيَبْقَى حَقُّه في الضَّمانِ كما كان.

ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أنّ النّافيَ لِلضَّمانِ هو القَطْعُ، والقَطْعُ وقَعَ لِلسّرقاتِ كُلِّها فيَنْفي الضَّمانَ في السّرقاتِ كُلِّها، هذا إذا كان المسروقُ هالِكًا، أمّا إذا كان قائمًا رُدَّ كُلُّ مسروقٍ إلى صاحبِه؛ لأنّ القَطْعَ يَنْفي الضَّمانَ لا الرَّدّ.

ومنها: أنّه لا يحتملُ العفْوَ حتّى لو أمَرَ الإمامُ بقَطْعِ السّارِقِ فعَفا عنه المسروقُ منه كان عَفْوُه باطِلًا؛ لأنّ صِحّةَ العفْوِ يَعْتَمِدُ كونَ المعفوِّ عنه حَقًّا للعافي، والقَطْعُ خالصُ حَقِّ اللَّه - سبحانه وتعالى - لا حَقَّ للعبدِ فيه فلا يصحُّ عَفْوُه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَأمّا مَحِلُّ إقامةِ هذا الحُكْمِ فالكَلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ أصلِ المَحِلِّ، ومُراعاةِ التّرْتيبِ فيه.

والثاني: في بيانِ موضِعِ إقامةِ الحُكْمِ منه.

أمّا الأوّل: فأصلُ المَحِلِّ عند أصحابِنا طَرَفانِ فقطْ، وهما: اليَدُ اليُمْنَى، والرِّجْلُ اليُسْرَى فتُقْطَعُ اليَدُ اليُمْنَى في السّرقةِ الأولى، وتُقْطَعُ الرِّجْلُ اليُسْرَى في السّرقةِ الثّانيةِ، ولا يُقْطَعُ بعدَ ذلك أصلاً، ولكنّه يضمنُ السّرقةَ ويُعَزَّرُ ويُحْبَسُ حتّى يُحْدِثَ تَوْبةً عندنا (١)، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله -: الأطْرافُ الأربعةُ مَحِلُّ القَطْعِ على التّرْتيبِ (٢): فتُقْطَعُ اليَدُ اليُمْنَى في المَرّةِ الأولى، وتقطَعُ الرِّجْلُ اليُسْرَى في المَرّةِ الثّانيةِ، وتُقْطَعُ اليَدُ اليُسْرَى في المَرّةِ الثّالِثةِ، وتُقْطَعُ الرِّجْلُ اليُمْنَى في السّرقةِ (٣) الرّابِعةِ.

احتجَّ الشّافعيُّ - رحمه الله - بقولِه تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]، والأيدي اسمُ جمْعٍ، والاثنانِ فما فوْقَهما جماعةٌ على لِسانِ رسولِ اللَّه ﷺ وقال اللَّه تعالى: ﴿إِن تَتُوبَآ إِلَى ٱللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحريم:٤]، وأنّه (٤) لم يكنْ لِكُلِّ واحدٍ إلاّ قَلْبٌ واحدٌ إلاّ أنّ التّرْتيبَ في قَطْعِ الأيدي ثَبَتَ بدليلٍ آخرَ، وهذا لا يُخْرِجُ اليَدَ اليُسْرَى من أنْ تكونَ مَحِلاًّ للقَطْعِ في الجُمْلةِ.

ورويَ أنّ - سَيِّدَنا - أبا بَكْرٍ رضي الله عنه قَطَعَ سارِقَ حُليِّ أسماءَ، وكان أقطَعَ اليَدِ والرِّجْلِ (٥).

(ولَنا) ما رويَ أنّ - سَيِّدَنا - عَليًّا رضي الله عنه أُتيَ بسارِقٍ فقَطَعَ يَدَه، ثُمّ أُتيَ به الثّانيةَ وقد سَرَقَ فقَطَعَ رِجْلَه، ثُمّ أُتيَ به الثّالِثةَ وقد سَرَقَ فقال: لا أقطَعُه إنْ قَطَعْت يَدَه فبِأيِّ شيءٍ يأكُلُ بأيِّ شيءٍ يتمَسَّحُ، وإنْ قَطَعْت رِجْلَه بأيِّ شيءٍ يَمْشي إنّي لَأستَحْيِ من اللَّه فضربه بخَشَبةٍ وحَبَسَه (٦).

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٩/ ١٤٠، ١٦٦)، رؤوس المسائل (ص ٤٩٦)، شرح فتح القدير (٥/ ٣٩٥)، الاختيار (٤/ ١١٠)، البناية (٦/ ٤٣٣)، الدر المختار (٤/ ١٠٤).

(٢) مذهب الشافعية: أنه تقطع من السارق يده اليمنى، فإن سرق بعد ذلك، قطعت رجله اليسرى، فإن عاد قطعت يده اليسرى، فإن عاد قطعت رجله اليمنى، فإن سرق بعد ذلك عزر. انظر: الأم (٦/ ١٣٢)، الحاوي الكبير (١٧/ ١٩٥)، الوسيط (٦/ ١٨٨)، الروضة (١٠/ ١٤٩)، المنهاج (ص ١٣٤)، مغني المحتاج (٤/ ١٧٨).

(٣) في المخطوط: «المرة».

(٤) في المخطوط: «وإن».

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/ ١٨٧)، وأخرج مالك حديثًا نحوه، برقم (١٥٨١).

(٦) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٨٠)، برقم (٢٨٧)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٧٥)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٢٥)، برقم (٦٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٤٩٠)، برقم (٢٨٢٧٠).

ورويَ أنّ - سَيِّدَنا - عُمَرَ رضي الله عنه أُتيَ بسارِقٍ أقطَعَ اليَدِ والرِّجْلِ قد سَرَقَ نِعالاً يُقالُ له سَدومُ، وأرادَ أنْ يَقْطَعَه فقال له - سَيِّدُنا - عَليٌّ رضي الله عنه إنّما عليه قَطْعُ يَدٍ ورِجْلٍ فحَبَسَه - سَيِّدُنا - عُمَرُ رضي الله عنه ولم يَقْطَعْه [(١)]، وسَيِّدُنا عُمَرُ وسَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنهما لم يَزيدا في القَطْعِ على قَطْعِ اليَدِ اليُمْنَى، والرِّجْلِ اليُسْرَى، وكان ذلك بمَحْضرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليهما مُنْكِرٌ؛ فيكونَ إجماعًا من الصّحابةِ رضي الله عنهم.

(ولَنا) أيضًا دَلالةُ الإجماعِ والمعقولِ، أمّا دَلالةُ الإجماعِ فهي أنّا أجمعنا على أنّ اليَدَ اليُمْنَى إذا كانت مقطوعةً لا يُعْدَلُ إلى اليَدِ اليُسْرَى، بل إلى الرِّجْلِ اليُسْرَى، ولو كان لليَدِ اليُسْرَى مَدْخَلاً في القَطْعِ لكان لا يُعْدَلُ إلاّ إليها؛ لأنّها مَنصوصٌ عليها، ولا يُعْدَلُ عن المَنصوصِ عليه إلى غيرِه فدَلَّ العُدولُ إلى الرِّجْلِ اليُسْرَى لا إليها على أنّه لا مَدْخَلَ لها في القَطْعِ بالسّرقةِ أصلاً، وهذا النّوْعُ من الاستِدْلالِ ذكره الكَرْخيُّ - رحمه الله.

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ [في] [(٢)] قَطْعِ اليَدِ اليُسْرَى تفويتَ جنسِ مَنْفَعةٍ من مَنافعِ النّفسِ أصلاً، وهي مَنْفَعةُ البطْشِ؛ لأنّها تَفوتُ بقَطْعِ اليَدِ اليُسْرَى بعدَ قَطْعِ [(٣)] اليُمْنَى فتَصيرُ النّفسُ في حَقِّ هذه المَنْفَعةِ هالِكةً، فكان قَطْعُ اليَدِ اليُسْرَى إهلاكَ النّفسِ من وجهٍ، وكذا قَطْعُ الرِّجْلِ اليُمْنَى بعدَ قَطْعِ الرِّجْلِ اليُسْرَى تفويتُ مَنْفَعةِ المشي [(٤)]؛ لأنّ مَنْفَعةَ المشي تَفوتُ بالكُلّيّةِ، فكان قَطْعُ الرِّجْلِ اليُمْنَى إهلاكَ النّفسِ من كُلِّ وجهٍ، وإهلاكُ النّفسِ من كُلِّ وجهٍ لا يَصْلُحُ حَدًّا في السّرقةِ، كذا إهلاكُ النّفسِ من وجهٍ؛ لأنّ الثّابِتَ من وجهٍ مُلْحَقٌ بالثّابِتِ من كُلِّ وجهٍ في الحُدودِ احتياطًا، ولا حُجّةَ له في الآيةِ الشَّريفةِ؛ لأنّ عبد الله بنَ مسعودٍ رضي الله عنه قَرأ «فاقطَعوا أيمانَهما»، ولا يُظَنُّ بمثلِه أنْ يَقرأ [٢/ ٢٩٩ب] ذلك من تلقاءِ نفسِه، بل سَماعًا من رسولِ اللّه ﷺ فخرجتْ قِراءَتُه مَخْرَجَ التّفسيرِ لِمُبْهَمِ الكتابِ العزيزِ، وهَكذا رويَ عن عبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما في قولِه - عزّ وجلّ -: ﴿فَاقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨] أنّه قال: أيمانَهما، وهَكذا رويَ عن الحسنِ، وإبراهيمَ - رحمهما الله.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/ ١٩٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٢٠)، برقم (٢٨٥٧٩).
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زاد في المخطوط: «اليد».
(٤) في المخطوط: «الحسن».

وأمّا حَديثُ «الأقطع» (١) فقد رَوَى الزُّهْريُّ في الموَطَّأِ عن - سَيِّدَتنا - عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: لَمّا (٢) كان الذي سَرَقَ حُليَّ أسماءَ أقطَعَ اليَدِ اليُمْنَى فقَطَعَ - سَيِّدُنا - أبو بَكْرٍ رضي الله عنه رِجْلَه اليُسْرَى (٣)، وكانت تُنْكِرُ أنْ يكونَ أقطَعَ اليَدِ والرِّجْلِ، ثُمّ إنّما تُقْطَعُ يَدُه اليُمنَى في الكَرّةِ الأولى إذا كانت اليَدُ اليُسْرَى صَحيحةً يُمْكِنُه أنْ يَنْتَفِعَ بها بعدَ قَطْعِ اليَدِ اليُمْنَى، والرِّجلُ اليُمْنَى صَحيحةٌ يُمْكِنُه الانتِفاعُ بها بعدَ قَطْعِ (الرِّجْلِ اليُسْرَى) (٤)، فإنْ كانت اليَدُ اليُسْرَى مقطوعةً أو شَلاّءَ، أو مقطوعةَ الإبهامِ، أو أُصْبُعَيْنِ سِوَى الإبهامِ لا تُقْطَعُ اليَدُ اليُمنَى؛ لأنّ القَطْعَ في السّرقةِ شُرِعَ زاجرًا لا مُهْلِكًا، فإذا لم تكُنِ اليَدُ اليُسْرَى يُمْكِنُ الانتِفاعُ بها؛ فقَطْعُ اليَدِ اليُمنَى يَقَعُ تفويتًا لِجنسِ المَنْفَعةِ، وهي مَنْفَعةُ البطْشِ أصلاً فيَقَعُ إهلاكًا لِلنّفسِ من وجهٍ فلا تُقْطَعُ، ولا يَقْطَعُ رِجْلَه اليُسْرَى أيضًا؛ (لأنّه يَذْهَبُ) (٥) أحدُ الشِّقَّيْنِ على الكَمالِ فيُهْلِكُ النّفسَ من وجهٍ.

ولو كانت اليَدُ اليُسْرَى مقطوعةَ أُصْبُعٍ واحدةٍ سِوَى الإبهامِ تُقْطَعُ يَدُه اليُمنَى؛ لأنّ القَطْعَ لا يتضَمَّنُ فواتَ جنسِ المَنْفَعةِ.

وكذا إنْ كانت الرِّجْلُ اليُمنَى مقطوعةً أو شَلاّءَ، أو بها عَرَجٌ يمنعُ المشيَ عليها لا تُقْطَعُ اليَدُ اليُمنَى؛ لِما فيه من فواتِ الشِّقِّ، ولا رِجْلُه اليُسْرَى، وإنْ كانت صَحيحةً؛ لأنّه يَبْقَى بلا رِجْلينِ فيَفوتُ جنسُ المَنْفَعةِ.

ولو كانت رِجْلُه اليُمنَى (٦) مقطوعةَ الأصابعِ كُلِّها فإنْ كان يَسْتَطيعُ القيامَ والمشيَ عليها تُقْطَعُ يَدُه اليُمنَى؛ لأنّ الجنسَ لا يَفوتُ، وإنْ كان لا يَسْتَطيعُ لا يُقْطَعُ لِفَواتِ الشِّقِّ.

ولو كانت يَداه صَحيحَتَيْنِ، ولكنّ رِجْلَه اليُسْرَى مقطوعةٌ أو شَلاّءُ أو مقطوعةُ الإبهامِ أو الأصابعِ تُقْطَعُ يَدُه اليُمنَى؛ لأنّ جنسَ المَنْفَعةِ لا يَفوتُ، ولا فيه فواتُ الشِّقِّ أيضًا.

ولو سَرَقَ ويُمْناه شَلاّءُ، أو مقطوعةُ الإبهامِ أو الأصابعِ لِقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨] أي: أيمانَهما من غيرِ فصلٍ بينَ يَمينٍ ويَمينٍ، ولأنّها لو كانت سَليمةً تُقْطَعُ فالنّاقِصةُ المَعيبةُ أولى بالقَطْعِ، ثُمّ فرَّقَ بينَ القَطْعِ في السّرقةِ، وبينَ الإعتاقِ في

---

(١) في المطبوع: «لا قَطْعَ».
(٢) في المخطوط: «إنما».
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في المخطوط: «اليد اليمنى».
(٥) في المخطوط: «لأنها تذهب».
(٦) في المخطوط: «اليسرى».

الكَفّارةِ حيث جعل فواتَ إصْبَعَيْنِ سِوَى الإبهامِ من اليَدِ اليُسْرَى نُقْصانًا مانِعًا من قَطْعِ اليَدِ اليُمْنَى، ولم يُجْعَلْ فواتُ إصْبَعَيْنِ نُقْصانًا مانِعًا من جوازِ الإعتاقِ ما لم يكنْ ثلاثًا.

(وجه) الفرق: أنّ القَطْعَ حَدٌّ فهذا القدرُ من النُّقْصانِ يورِثُ شُبْهةً، بخلافِ العِتْقِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

ولو قال الحاكِمُ للحَدّادِ: اقْطَعْ يَدَ السّارِقِ فقَطَعَ اليَدَ اليُسْرَى فهذا على وجهَيْنِ: إمّا أنْ قال له اقْطَعْ يَدَه مُطْلَقًا، وإمّا أنْ قَيَّدَه فقال: اقْطَعْ يَدَه اليُمْنَى فإنْ أطْلَقَ فقال له: اقْطَعْ يَدَه فقَطَعَ اليُسْرَى لا ضمانَ عليه للحالِ؛ لأنّه فعَلَ ما أُمِرَ به حيث أمَرَه بقَطْعِ اليَدِ، وقد قَطَعَ اليَدَ، وإنْ قَيَّدَ فقال: اقْطَعْ يَدَه اليُمْنَى فقَطَعَ اليُسْرَى فإنْ أخْرَجَ السّارِقُ يَدَه، وقال هذا هو يَميني فلا ضمانَ عليه أيضًا؛ لأنّه قَطَعَ بأمرِه فلا يضمنُ كمَنْ قال لِآخرَ اقْطَعْ يَدي فقَطَعَه لا ضمانَ عليه كذا هذا، وإنْ لم يُخْرِجِ السّارِقُ يَدَه، ولم يَقُلْ ذلك، ولكنّه قَطَعَ اليُسْرَى خَطَأً لا ضمانَ عليه عند أصحابِنا [(١)] رضي الله عنهم، وعند زُفَرَ رضي الله عنه يضمنُ؛ لأنّ الخطَأَ في حُقوقِ العِبادِ ليس بعُذْرٍ.

(ولَنا) أنّ هذا خَطَأٌ في الاجتِهادِ؛ لأنّه أقامَ اليَسارَ مَقامَ اليَمينِ باجتِهادِه مُتَمَسِّكًا بظاهِرِ قولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨] من غيرِ فصلٍ بينَ اليَمينِ واليَسارِ، فكان هذا خَطَأً من المُجْتَهِدِ في الاجتِهادِ، وأنّه موضوعٌ.

وموضوعُ المسألةِ في هذا الخطَإِ لا فيما إذا أخطَأَ فظَنّ اليَسارَ يَمينًا مع اعتِقادِ وُجوبِ قَطْعِ اليَمينِ مع ما أنّ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله -: لا يضمنُ هناك أيضًا على ما نُبَيِّنُ.

وإنْ قَطَعَ اليُسْرَى عَمْدًا لا ضمانَ عليه أيضًا عند أبي حنيفةَ، وعندهما [(٢)] يضمنُ.

لهما أنّه تَعَمَّدَ الظُّلْمَ بإقامةِ اليَسارِ مَقامَ اليَمينِ فلم يكنْ معذورًا فيضمنُ، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنّه أتْلَفَ، وأخْلَفَ خَيْرًا مِمّا أتْلَفَ، فلا يضمنُ كرجلينِ شَهِدا على رجلٍ ببيعِ عبدٍ قيمَتُه ألفٌ بألفَيْنِ، ثُمّ رَجَعا أنّهما لا يضمنانِ؛ لِما قُلْنا كذا هذا، وإنّما قُلْنا: إنّه أخْلَفَ خَيْرًا مِمّا أتْلَفَ؛ لأنّه [لَمّا] [(٣)] قَطَعَ اليُسْرَى فقد سَلِمَتْ له اليُمْنَى؛ لأنّها لا تُقْطَعُ بعدَ ذلك؛ لأنّه لا يُؤْتَى على أطْرافِه الأربعةِ، واليُمْنَى خَيْرٌ من اليُسْرَى.

---

(١) زاد في المخطوط: «الثلاثة».

(٢) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».

(٣) ليست في المخطوط.

ثُمّ على قولِ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - هل يكونُ هذا القَطْعُ - وهو قَطْعُ اليُسْرَى - قَطْعًا من السّرقةِ حتّى إذا هَلَك المالُ في يَدِ السّارِقِ، أو استَهْلكه لا يضمنُ، أو لا يكونُ من السّرقةِ حتّى يضمنَ؟.

اختلف المَشايخُ فيه قال بعضُهم: يكونُ، وقال بعضُهم: لا يكونُ هذا كُلُّه إذا قَطَعَ الحدّادُ بأمرِ الحاكِمِ.

فأمّا الأجنبيُّ إذا قَطَعَ يَدَه اليُسْرَى فإنْ كان خَطأً تجِبُ الدّيةُ، وإنْ كان عَمْدًا يجبُ القِصاصُ، وسَقَطَ عنه القَطْعُ في اليَمينِ [1]؛ لأنّه لو قَطَعَ يُؤَدّي إلى إهلاكِ [٢/ ٣٠٠أ] النّفسِ من وجهٍ على ما بَيّنّا ويُرَدُّ عليه المسروقُ إنْ كان قائمًا، وعليه ضمانُه في الهَلاكِ؛ لأنّ المانِعَ من الضّمانِ هو القَطْعُ وقد سَقَطَ.

ولو وجَبَ عليه قَطْعُ اليَدِ اليَمينِ [2] في السّرقةِ فلم تُقْطَعْ حتّى قَطَعَ قاطِعٌ يَمينَه فهذا على وجهَيْنِ: إمّا أنْ يكونَ قبل الخُصومةِ، وإمّا أنْ يكونَ بعدَها، فإنْ كان قبل الخُصومةِ فعلى قاطِعِه القِصاصُ إنْ كان عَمْدًا، والأرشُ إنْ كان خَطَأً، وتُقْطَعُ رِجْلُه اليُسْرَى في السّرقةِ كأنّه سَرَقَ، ولا يَمينَ له.

وإنْ كان بعدَ الخُصومةِ فإنْ كان قبل القضاءِ فكذلك الجوابُ، إلاّ أنّا ههنا لا نَقْطَعُ رِجْلَه اليُسْرَى؛ لأنّه لَمّا خوصِمَ كان الواجبُ في اليَمينِ وقد فاتَتْ؛ فسَقَطَ الواجبُ كما لو ذهب [3] بآفةٍ سَماويّةٍ.

وإنْ كان بعدَ القضاءِ فلا ضمانَ على القاطِعِ؛ لأنّه احتَسَبَ لإقامةِ حَدٍّ [4] اللّه - سبحانه وتعالى - فكان قَطْعُه عن السّرقةِ حتّى لا يجب الضّمانُ على السّارِقِ فيما هَلَك من مالِ السّرقةِ في يَدِه، أو استُهْلِك [5].

وأمّا الموضِعُ الذي يُقْطَعُ من اليَدِ اليُمْنَى فهو مَفْصِلُ الزَّنْدِ عند عامّةِ العُلَماءِ رضي الله عنهم [6].

---

(١) في المخطوط: «اليمنى».
(٢) في المخطوط: «اليمنى».
(٣) في المخطوط: «ذهبت».
(٤) في المخطوط: «حدود».
(٥) في المخطوط: «استهلكه».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٧٩٣).
ومذهب الشافعية: أن السارق إذا وجب عليه القطع وكان ذلك أول سرقته، وهو صحيح الأطراف،

وقال بعضهم: تُقْطَعُ الأصابعُ.

وقال الخوارج: تُقْطَعُ من المَنْكِبِ لِظاهرِ قولِه سبحانه وتعالى: ﴿فَاقْطَعُوٓا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]، واليَدُ اسمٌ لهذه الجُمْلةِ، والصّحيحُ قولُنا؛ لِما رُوِيَ أنّه رسول الله ﷺ قَطَعَ يَدَ السَّارِقِ من مَفْصِلِ الزَّنْدِ، فكان فعلُه بيانًا للمُرادِ (من الآيةِ الشَّريفةِ)[1] كأنّه نَصَّ - سبحانه وتعالى - فقال: ﴿فَاقْطَعُوٓا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨] من مَفْصِلِ الزَّنْدِ، وعليه عملُ الأُمّة من لَدُنْ رسولِ اللَّه ﷺ إلى يومِنا هذا، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَأمّا بيانُ مَنْ يُقيمُ هذا الحُكْم فالذي يُقيمُه الإمامُ، أو مَنْ ولاّه الإمام؛ لأنّ هذا حَدٌّ والمُتَوَلّي لإقامةِ الحُدودِ الأئِمّةُ أو مَنْ ولّوْهم من القُضاةِ، والحُكّامِ، وهذا عندنا، وعند[2] الشّافعيِّ - رحمه الله -: المولى يَمْلِكُ إقامةَ الحدِّ على مملوكِه، والكَلامُ في هذا الفصلِ استَوْفَيْناه[3] في كتابِ الحُدودِ.

وَأمّا بيانُ ما يُسْقِطُ الحدَّ بعدَ وُجوبِه فنقولُ: ما يُسْقِطُه بعدَ وُجوبِه أنواعٌ:

منها: تَكْذيبُ المسروقِ منه السّارِقَ في إقرارِه بالسّرقةِ بأنْ يقولَ له: لم تسرِقْ مِنّي، ومنها تَكْذيبُه البيِّنةَ بأنْ يقولَ: شَهِدَ شُهودي بزورٍ؛ لأنّه إذا كذَبَ فقد بَطَلَ الإقرارُ والشَّهادةُ؛ فسَقَطَ القَطْعُ.

ومنها: رُجوعُ السّارِقِ عن الإقرارِ بالسّرقةِ فلا يُقْطَعُ، ويضمنُ المالَ؛ لأنّ الرُّجوعَ يُقْبَلُ في الحُدودِ، ولا يُقبَلُ في المالِ؛ لأنّه يورِثُ شُبْهةً في الإقرارِ، والحدُّ يَسْقُطُ بالشُّبْهةِ، ولا يُسْقِطُ المالَ.

رجلانِ أقَرّا بسَرِقةِ ثوبٍ يُساوي مائةَ درهم، ثُمّ قال أحدُهما: الثّوْبُ ثوبُنا لم نَسْرِقْه، أو قال: هذا لي دُرِئَ القَطْعُ عنهما؛ لأنّهما لَمّا أقَرّا بالسّرقةِ فقد ثَبَتَتِ الشَّرِكةُ بينَهما في السّرقة، ثُمّ لَمّا أنْكَرَ أحدُهما فقد رجع عن إقرارِه فبَطَلَ الحدُّ عنه برُجوعِه فيورِثُ[4] شُبْهةً في حَقِّ الشَّريكِ؛ لاتّحادِ السّرقةِ ولو قال أحدُهما: سَرَقْنا هذا الثّوبَ من فُلانٍ فكذّبَه

فإنه يبدأ بيده اليمنى من مفصل الكف، ثم تحسم. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥١٢).
ومذهب المالكية: يجب قطع يد السارق من الكوع خلافًا لمن يقول من الأصابع أو الإبط. انظر: المعونة (٣/ ١٠١٦).

(١) في المخطوط: «بالآية».
(٢) في المخطوط: «وقال».
(٣) في المخطوط: «نستوفيه».
(٤) في المخطوط: «فأورث».

الآخرُ، وقال كذَبْت لم نَسْرِقْه قُطِعَ المُقِرُّ وحْدَه في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ: لا يُقْطَعُ واحدٌ منهما.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ: أنّه أقَرَّ بسَرِقةٍ واحدةٍ بينَهما على الشَّرِكةِ، فإذا لم تَثْبُتْ في حَقِّ شريكِه بإنْكارِه يُؤَثِّرُ ذلك في حَقِّ صاحبِه ضرورةَ اتّحادِ السّرقةِ، وهذا بخلافِ ما إذا أقَرَّ بالزِّنا بامرأةٍ فأنْكَرَتْ: أنّه يُحَدُّ الرّجلُ على أصلِه؛ لأنّ إنْكارَ المرأةِ لا يُؤَثِّرُ في إقرارِ الرّجلِ إذْ ليس من ضرورةِ عَدَمِ الزّنا من جانِبِها عَدَمُه من جانِبِه، كما لو زَنَى بصَبيّةٍ، أو مجنونةٍ، بخلافِ الإقرارِ بالسّرقةِ؛ لأنّ ذلك وُجِدَ من أحدِهما على وجه الشَّرِكةِ، فعَدَمُ السّرقةِ من أحدِهما يُؤَثِّرُ في حَقِّ الآخرِ.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ: أنّ إقرارَه بالشَّرِكةِ في السّرقةِ إقرارٌ بوُجودِ السّرقةِ من كُلِّ واحدٍ منهما، إلاّ أنّه لَمّا أنْكرَ صاحبُه السّرقةَ لم يَثْبُتْ منه فعلُ السّرقةِ، وعَدَمُ الفعلِ منه لا يُؤَثِّرُ في وُجودِ الفعلِ من صاحبِه فبَقِيَ إقرارُ صاحبِه على نفسِه بالسّرقةِ فيُؤْخَذُ به، بخلافِ إقرارِ الرّجلِ على نفسِه بالزّنا بامرأةٍ، وهي تجحَدُ؛ أنّه لا يجبُ الحدُّ على الرّجلِ على أصلِه؛ لأنّ الزِّنا لا يقومُ إلاّ بالرّجلِ والمرأةِ فإذا أنْكَرَتْ لم يَثْبُتْ منها فلا يُتَصَوَّرُ الوُجودُ من الرّجلِ، بخلافِ الإقرارِ بالسّرقةِ على ما بَيّنّا، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(ومنها): رَدُّ السّارقِ المسروقَ إلى المالكِ قبل المُرافَعةِ عندهما [(١)]، وإحدى الرّوايتيْنِ عن أبي يوسفَ.

ورُوِيَ عنه [(٢)] أنّه لا يَسْقُطُ، ولا خلافَ في أنّ الرَّدَّ بعدَ المُرافَعةِ لا يُسْقِطُ الحدَّ [(٣)].

(وجه) روايةِ أبي يوسفَ: أنّ السّرقةَ حينَ وُجودِها انعَقَدَتْ موجِبةً للقَطْعِ فرَدُّ المسروقِ بعدَ ذلك لا يُخِلُّ بالسّرقةِ الموجودةِ؛ فلا يَسْقُطُ القَطْعُ الواجبُ، كما لو رَدَّه بعدَ المُرافَعةِ، ولهما: أنّ الخُصومةَ شرطٌ لِظُهورِ [(٤)] السّرقةِ الموجِبةِ للقَطْعِ؛ لِما بَيّنّا فيما تَقَدَّمَ، ولَمّا رُدَّ المسروقُ على المالِكِ فقد بَطَلَتِ الخُصومةُ، بخلافِ ما بعدَ المُرافَعةِ؛ لأنّ الشّرطَ وُجودُ الخُصومةِ لا بَقاؤُها، وقد [٢/ ٣٠٠ب] وُجِدَتْ.

---

(١) في المخطوط: «عند أبي حنيفة ومحمد».

(٢) في المخطوط: «عن أبي يوسف». (٣) في المخطوط: «القطع».

(٤) في المخطوط: «ظهور».

(ومنها) مِلْكُ السّارِقِ المسروقَ قبل القضاءِ نحوُ ما إذا وهَبَ المسروقُ منه المسروقَ من السّارِقِ [قبل القضاءِ] (١).

وجُمْلةُ الكَلامِ فيه أنّ الأمرَ لا يخلو إمّا أنْ وهَبَه منه قبل القضاءِ، وإمّا أنْ وهَبَه بعدَ القضاءِ قبل الإمضاءِ فإنْ وهَبَه قبل القضاءِ يَسْقُطُ القَطْعُ بلا خلافٍ، وإنْ وهَبَه بعدَ القضاءِ قبل الإمضاءِ يَسْقُطُ عندهما (٢) (٣).

وقال أبو يوسف: لا يَسْقُطُ، وهو قولُ الشّافعيِّ - رحمهما الله (٤).

احتجّ أبو يوسف بما روي: أنّ سَارِقَ رِدَاءِ صَفْوَانَ أُخِذَ فأُتِيَ به إلى رَسُولِ اللَّه ﷺ فأمَرَ رَسُولُ اللَّه ﷺ أنْ يُقْطَعَ (٥) يَدُه فقَالَ صَفْوَانُ يَا رَسُولَ اللَّه إنّي لم أُرِدْ هذا هُوَ عليه صَدَقةٌ، فقَالَ ﷺ: «**فَهَلّا قبلَ أنْ تَأتِيَنِي بِهِ**» (٦) فدَلَّ أنّ الهبةَ قبل القضاءِ تُسْقِطُ القطع، وبعدَه لا تُسْقِطُ، ولأنّ وُجوبَ القَطْعِ حُكْمٌ مُعَلَّقٌ بوُجودِ السّرقةِ وقد تَمَّتِ السّرقةُ، ووَقَعَتْ موجِبةً للقَطْعِ لاستِجْماعِ شرائطِ الوُجوبِ فطَرَيانُ المِلْكِ بعدَ ذلك لا يوجِبُ خَلَلًا في السّرقةِ الموجودةِ فبَقِيَ القَطْعُ واجبًا كما كان، كما لو رُدَّ المسروقُ على المالِكِ بعدَ القضاءِ، بخلافِ ما قبل القضاءِ؛ لأنّ الخُصومةَ شرطُ ظُهورِ السّرقةِ الموجِبةِ للقَطْعِ عند القاضي، وقد بَطَلَ حَقُّ الخُصومةِ.

(وجه) قولهما: أنّ القبضَ شرطٌ لِثُبوتِ (٧) المِلْكِ في الهبةِ، والمِلْكُ في الهبةِ يَثْبُتُ من

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عند أبي حنيفة ومحمد».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٧١)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٠٦)، الاختيار (٤/ ١١١)، البناية (٦/ ٤٤٨، ٤٤٩)، الدر المختار (٤/ ١٠٩).
(٤) مذهب الشافعية: أنه إذا ملك السارق المسروق قبل إخراجه من الحرز بأن ورثه السارق أو اشتراه أو اتهبه فلا قطع وإن طرأ الملك بعد إخراجه من الحرز، لم يسقط القطع، لكن لو وقع ذلك قبل الدفع إلى القاضي لم يمكن استيفاء القطع لأن الاستيفاء يتوقف على دعوى المسروق منه ومطالبته بالمال، وبعد ملك السارق للعين لا تصح المطالبة. انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٦٩)، الوسيط (٦/ ٤٦١)، الروضة (١٠/ ١١٤)، الغاية القصوى (٢/ ٩٣٠).
(٥) في المخطوط: «تقطع».
(٦) صحيح: أخرجه ابن ماجه، كتاب الحدود، باب: من سرق من الحرز، برقم (٢٥٩٥)، وأحمد، برقم (١٤٨٧٩)، ومالك، برقم (١٥٧٩)، والدارمي، برقم (٢٢٩٩)، من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه، انظر صحيح سنن ابن ماجه.
(٧) في المخطوط: «ثبوت».

وقتِ القبضِ فيَظْهَرُ المِلْكُ له من ذلك الوقتِ من كُلِّ وجهٍ، أو من وجهٍ، وكونُ المسروقِ مِلْكًا لِلسّارِقِ على الحقيقةِ أو الشُّبْهةِ يمنعُ من القَطْعِ؛ ولهذا لم يُقْطَعْ قبل القضاءِ فكذلك بعدَه؛ لأنّ القضاءَ في بابِ الحُدودِ إمضاؤُها فما لم يَمْضِ [(١)] فكأنّه لم يُقْضَ، ولو كان لم يُقْضَ أليس أنّه لا يُقْطَعُ فكذا إذا لم يَمْضِ، ولأنّ الطّارِئَ في بابِ الحُدودِ مُلْحَقٌ بالمُقارَنِ؛ إذا كان [في] [(٢)] الإلْحاقِ إسقاطُ الحدِّ، وههنا فيه إسقاطُ الحدِّ فيَلْحَقُ به.

(وأمّا) الحديثُ فلا حُجّةَ له فيه؛ لأنّ المرويَّ قولُه «هو عليه صَدَقةٌ»، وقولُه «هو» يُحْتَمَلُ أنّه أرادَ به المسروقَ، ويُحْتَمَلُ أنّه أرادَ به القَطْعَ، وهبةُ القَطْعِ لا تُسْقِطُ الحدَّ، يَدُلُّ عليه أنّه رويَ في بعضِ الرّواياتِ أنّه قال: وهَبْت القَطْعَ، وكذا يُحْتَمَلُ أنّه تَصَدَّقَ عليه بالمسروقِ، أو وهَبَه منه، ولكنّه لم يَقْبِضْه، والقَطْعُ إنّما يَسْقُطُ بالهبةِ مع القبضِ.

وعلى هذا إذا باع المسروقُ من السّارِقِ قبل القضاءِ أو بعدَه على الاتّفاقِ والاختلافِ، ولو زَنَى بامرأةٍ ثُمّ تزوّجَها لا يَسْقُطُ الحدُّ؛ لأنّ المِلْكَ الثّابِتَ بالنّكاحِ لا يحتملُ الاستنادَ إلى وقتِ الوطءِ فلا تَثْبُتُ الشُّبْهةُ في الزّنا؛ فيُحَدُّ.

(وأمّا) حُكْمُ السُّقوطِ بعدَ الثُّبوتِ [وعدم الثبوت] [(٣)] لِمانِعٍ، وهو الشُّبْهةُ وغيرُها، فدُخولُ المسروقِ في ضمانِ السّارِقِ حتّى لو هَلَك في يَدِه بنفسِه، أو استَهْلكه السّارِقُ يضمنُ؛ لأنّ المانِعَ من الضّمانِ هو القَطْعُ، فإذا سَقَطَ القَطْعُ زالَ المانِعُ فيضمنُ، واللّه تعالى أعلم.

والثّاني وُجوبُ رَدِّ عَيْنِ المسروقِ على صاحبِه إذا كان قائمًا بعَيْنِه، وجُمْلةُ الكَلامِ فيه: أنّ المسروقَ في يَدِ السّارِقِ لا يخلو إمّا أنْ كان على حالِه لم يتغَيَّرْ، وإمّا أنْ أحدَثَ السّارِقُ فيه حَدَثًا، فإنْ كان على حالِه رَدَّه على المالِكِ؛ لِما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قَالَ: «على اليَدِ مَا أخَذَتْ حتّى تَرُدَّه» [(٤)].

---

(١) في المخطوط: «تمض».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب: في تضمين العور، برقم (٣٥٦١)، والترمذي، برقم (١٢٦٦)، وابن ماجه، برقم (٢٤٠٠)، وأحمد، برقم (١٩٦٤٣)، والدارمي، برقم (٢٥٩٦)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١١)، برقم (٥٧٨٣)، من حديث سمرةبن جندب رضي‌الله عنه، انظر ضعيف الجامع الصغير، رقم (٣٧٣٧).

ورُوِيَ أنّه ﷺ قَالَ: «مَنْ وجدَ عَيْنَ مَالِه فهُوَ أحَقُّ بِهِ»[١]. ورُوِيَ أنّه ﷺ رَدَّ رِدَاءَ صَفْوَانَ رضي الله عنه عليه، وقَطَعَ السَّارِقَ فِيه.

وكذلك إنْ كان السّارِقُ قد مَلَّك المسروقَ رجلاً ببيعٍ أو هبةٍ، أو صَدَقةٍ، أو تزوّجَ امرأةً عليه، أو كان السّارِقُ امرأتَه[٢] فاختلَعَتْ من نفسِها به، وهو قائمٌ في يَدِ المالِكِ فلِصاحبِه أنْ يأخذَه؛ لأنّه مِلْكُه، إذِ السّرقةُ لا توجِبُ زَوالَ المِلْكِ عن العيْنِ المسروقةِ، فكان تمليكُ السّارِقِ باطِلاً، ويرجعُ المشتري على السّارِقِ بالثّمنِ الذي اشتراه به؛ لِما مَرَّ، فإنْ كان قد هَلَكَ في يَدَيِ القابضِ، وكان البيعُ قبل القَطْعِ، أو بعدَه فلا ضمانَ لا على السّارِقِ، ولا على القابضِ؛ لِما بَيَّنّا فيما تَقَدَّمَ.

وإنْ أحدَثَ السّارِقُ فيه[٣] حَدَثًا لا يخلو إمّا أنْ أحدَثَ حَدَثًا أوجَبَ النُّقْصانَ، وإمّا أنْ أحدَثَ حَدَثًا أوجَبَ الزّيادةَ، فإنْ أحدَثَ حَدَثًا أوجَبَ النُّقْصانَ يُقْطَعْ، وتُسْتَرَدَّ العيْنُ على المالِكِ، وليس عليه ضمانُ النُّقْصانِ؛ لأنّ نُقْصانَ المسروقِ هَلاكُ بعضِه.

ولو هَلَكَ كُلُّه يُقْطَعُ، ولا ضمانَ عليه كذا إذا هَلَكَ البعضُ، ويَرُدُّ العيْنَ؛ لأنّ القَطْعَ لا يمنعُ الرَّدَّ، ألا تَرَى أنّه لا يمنعُ رَدَّ الكُلِّ فكذا البعضِ.

وإنْ أحدَثَ حَدَثًا أوجَبَ الزّيادةَ فالأصلُ في هذا أنّ السّارِقَ إذا أحدَثَ في المسروقِ حَدَثًا لو أحدَثَه الغاصِبُ في المغصوبِ لا يُقْطَعُ حَقُّ المالِكِ، يَنْقَطِعُ حَقُّ المسروقِ منه، وإلاّ فلا، إلاّ أنّ في بابِ الغصبِ يضمنُ الغاصِبُ للمالِكِ مثلَ المغصوبِ، أو قيمَتَه، وهنا لا يضمنُ [٢/ ٣٠١أ] السّارِقُ لِمانِعٍ وهو القَطْعُ.

إذا عُرِفَ هذا فنقول: السّارِقُ إذا قَطَعَ الثّوْبَ المسروقَ، وخاطَه قَميصًا؛ انقَطَعَ حَقُّ المالِكِ؛ لأنّه لو فعَلَه الغاصِبُ لانقَطَعَ حَقُّ المغصوبِ منه كذا إذا فعَلَه السّارِقُ، ولا ضمانَ على السّارِقِ؛ لِما بَيَّنّا ولو صَبَغَه أحمرَ أو أصفرَ فكذلك لا سَبيلَ للمالِكِ على العيْنِ المسروقةِ في قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - (وفي قولِهما)[٤] يأخذُ المالِكُ الثّوْبَ،

---

(١) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب: في الرجل يجد عين ماله عند رجل، برقم (٣٥٣١)، وأحمد بنحوه، برقم (١٩٦٠٣) من حديث سمرةبن جندب رضي‌الله عنه، انظر ضعيف سنن أبي داود.

(٢) في المخطوط: «امرأة». (٣) في المخطوط: «فيها».

(٤) في المخطوط: «وقال أبو يوسف ومحمد».

ويُعْطيه ما زادَ الصّبْغُ فيه .

(وجه) قولهما: أنّه لو وُجِدَ هذا من الغاصِبِ لَخُيِّرَ المالِكُ بينَ أنْ يضمنَ الغاصِبُ قيمةَ الثّوْبِ، وبينَ أنْ يأخذَ الثّوْبَ، ويُعْطيَه ما زادَ الصّبْغُ فيه، إلاّ أنّ التّضْمينَ ههنا مُتَعَذَّرٌ لِضرورةِ القَطْعِ فتَعَيَّنَ الوجه الآخرُ وهو: أنْ يأخذَ الثّوْبَ، ويُعْطيَه ما زادَ الصّبْغُ فيه إذِ الغصبُ والسّرقةُ لا يختَلِفانِ في هذا البابِ إلاّ [في] [1] الضّمانِ، ولأبي حنيفةَ الفرْقُ بينَ الغصبِ والسّرقةِ ههنا وهو: أنّ حَقَّ المغصوبِ منه إنّما لم يَنْقَطِعْ عن الثّوْبِ بالصّبْغِ؛ لأنّ أصلَ الثّوْبِ مِلْكُه، وهو مُتَقَوِّمٌ، وللغاصِبِ فيه حَقٌّ مُتَقَوِّمٌ أيضًا، إلاّ أنّا أثبتْنا الخيارَ للمالِكِ لا للغاصِبِ؛ لأنّ المالِك صاحبُ أصلٍ، والغاصِبَ صاحبُ وصْفٍ، وههنا حَقُّ السّارِقِ في الصّبْغِ مُتَقَوِّمٌ، وحَقُّ المالِكِ في أصلِ الثّوْبِ ليس بمُتَقَوِّمٍ في حَقِّ السّارِقِ لأجلِ القَطْعِ .

ألا تَرَى أنّه لو أتْلَفَه السّارِقُ لا ضمانَ عليه، فاعتُبِرَ حَقُّ السّارِقِ، وجُعِلَ حَقُّ المالِكِ في الأصلِ تَبَعًا لَحقِّه في الوصْفِ، وتَعَذَّرَ تَضْمينُه لِضرورةِ القَطْعِ فيكونُ له مَجّانًا، ولكنْ لا يَحِلُّ له أنْ يَنْتَفِعَ بهذا الثّوْبِ بوجهٍ من الوُجوه كذا قال أبو حنيفةَ - رحمه الله -؛ لأنّ الثّوْبَ على مِلْكِ المسروقِ منه إلاّ أنّه تَعَذَّرَ رَدُّه، وتَضْمينُه في الحُكْمِ والقضاءِ، فما لم يَمْلِكْه السّارِقُ لا يَحِلُّ له الانتِفاعُ به؛ لأنّه مَلَكه بوجهٍ مَحْظورٍ من غيرِ بَدَلٍ لِتَعَذُّرِ إيجابِ الضّمانِ؛ فلا يُباحُ له الانتِفاعُ به، ويجوزُ أنْ يَصيرَ مالُ إنسانٍ في يَدِ غيرِه على وجهٍ يخرُجُ من أنْ يكونَ واجبُ الرّدِّ، والضّمانُ إليه من طريقِ الحُكْمِ والقضاءِ، لكنْ لا يَحِلُّ له الانتِفاعُ به فيما بينَه وبينَ اللّه - تَبارَكَ وتعالى - كالمسلمِ إذا دخل دارَ الحربِ بأمانٍ فأخذ شيئًا من أموالِهم لا يُحْكَمُ عليه بالرّدِّ، ويَلْزَمُه ذلك فيما بينَه، وبينَ اللّه - جَلَّ جَلالُه .

وكذلك الباغي إذا أتْلَفَ مالَ العادِلِ، ثُمّ تابَ لا يُحْكَمُ عليه بالضّمانِ، ويُفْتَى به فيما بينَه، وبينَ اللّه - تَبارَكَ وتعالى - وكذلك الحربيُّ إذا أتْلَفَ شيئًا من مالِنا، ثُمّ أسلَمَ لا يُحْكَمُ عليه بالرّدِّ، ويُفْتَى [2] بذلك فيما بينَه وبينَ اللّه - جَلّتْ عَظَمَتُه - وكذلك السّارِقُ إذا استَهْلَكَ المسروقَ لا يُقْضَى عليه بالضّمانِ، ولكنْ يُفْتَى به فيما بينَه وبينَ اللّه تعالى،

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «ويعنى».

وكذا قاطِعُ الطَّريقِ إذا قَتَلَ إنسانًا بعَصًا ثُمّ جاءَ تائبًا بَطَلَ عنه الحدُّ، ويُؤمَرُ بأداءِ الدّيةِ إلى وليِّ القَتيلِ.

ولو قَتَلَ حَرْبيٌّ مسلمًا بعَصًا، ثُمّ أسلَمَ لا يُفْتَى بدَفْعِ الدّيةِ إلى الوليِّ، بخلافِ الباغي، وقاطِعِ الطَّريقِ، والفرْقُ أنّ القَتْلَ من الحربيِّ لم يَقَعْ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ؛ لأنّ عِصْمةَ المقتولِ لم تَظْهَرْ في حَقِّه، فلا يُجَبُ بالإسلامِ؛ لأنّه يجُبُّ ما قبله. وقال اللَّه تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال:٣٨]، بخلافِ قاطِعِ الطَّريقِ؛ لأنّ فعلَه وقَعَ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ إلاّ أنّه لا يُحْكَمُ بالضَّمانِ لِمانِعٍ، وهو ضرورةُ إقامةِ الحدِّ، إلاّ أنّ الحدَّ إذا لم يجبْ لِشُبْهةٍ يُحْكَمُ بالضَّمانِ فيَظْهَرُ أثرُ المانِعِ في الحُكْمِ والقضاءِ لا في الفتْوَى، وكذا فعلُ الباغي، وقَعَ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ لكنْ لم يُحْكَمْ بالوُجوبِ لِمانِعٍ، وهو عَدَمُ الفائدةِ لِقيامِ المَنَعةِ، وهذا المانِعُ يَخُصُّ الحُكْمَ، والقضاءَ، فكان الوُجوبُ ثابِتًا عند اللَّه - سبحانه وتعالى - فيُقْضَى به.

وعلى هذا يخرُجُ ما إذا سَرَقَ نَقْرةَ فضّةٍ فضربها دراهمَ أنّه يُقْطَعُ، والدَّراهمُ تُرَدُّ على صاحِبِها في قولِ أبي حنيفةَ. وعندهما [(١)] يَنْقَطِعُ حَقُّ المالِكِ عن الدَّراهمِ؛ بناءً على أنّ هذا الصُّنْعَ لا يَقْطَعُ حَقَّ المالِكِ في بابِ الغصبِ عنده، وعندهما يَنْقَطِعُ، ولو سَرَقَ حَديدًا، أو صُفْرًا، أو نُحاسًا، أو ما أشبَهَ ذلك فضربها أوانيَ يُنْظَرُ إنْ كان بعدَ الصِّناعةِ والضَّرْبِ تُباعُ وزنًا فهو على الاختلافِ الذي ذَكَرْنا، وإنْ كانت تُباعُ عَدَدًا فيُقْطَعُ حَقُّ المالِكِ بالإجماعِ - كما في الغصبِ - وعلى هذا إذا سَرَقَ حِنْطةً فطَحَنَها، وغيرَ ذلك من هذا الجنسِ، وسَنذكرُ جُمْلةَ ذلك في كتابِ الغصبِ - إنْ شاء اللَّه تعالى -، والله أعلم بالصّوابِ.

* * *

(١) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».



كتاب قطاع الطريق



كتاب قَطْع الطَّريقِ

الكَلامُ في هذا الكتابِ على نحوِ الكَلامِ في كتَابِ السّرقةِ، وذلك في أربعةِ مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ قَطْعِ الطَّريقِ.

وفي بيانِ شرائطِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به قَطْعُ الطَّريقِ عند القاضي.

وفي بيانِ حُكْمِ قَطْعِ الطَّريقِ.

فصل [في بيان ركن قطع الطريق]

أمّا رُكْنه فهو الخُروجُ على المارّةِ لأخْذِ [1] المالِ على سَبيلِ المُغالَبةِ على وجهٍ يَمْتَنِعُ المارّةُ عن المُرورِ، ويَنْقَطِعُ الطَّريقُ سواءٌ كان القَطْعُ من [٢/ ٣٠١ب] جماعةٍ، أو من واحدٍ بعدَ أنْ يكونَ له قوّةُ القَطْعِ، وسواءٌ كان القَطْعُ بسِلاحٍ أو غيرِه من العصا والحجَرِ، والخشَبِ، ونحوِها؛ لأنّ انقِطاعَ الطَّريقِ يحصُلُ بكُلٍّ من ذلك، وسواءٌ كان بمُباشرةِ الكُلِّ، أو التّسبيبِ من البعضِ بالإعانةِ والأخْذِ؛ لأنّ القَطْعَ يحصُلُ بالكُلِّ كما في السّرقةِ؛ ولأنّ هذا من عادةِ القُطّاعِ أعني: المُباشرةَ من البعضِ، والإعانةَ من البعضِ بالتّسميرِ لِلدَّفْعِ، فلو لم يَلْحَقِ التّسَبُّبُ بالمُباشرةِ في سببِ وُجوبِ الحدِّ؛ لأدّى ذلك إلى انفِتاحِ بابِ قَطْعِ الطَّريقِ، وانسِدادِ حُكْمِه، وأنّه قَبيحٌ؛ ولهذا أُلْحِقَ التّسَبُّبُ بالمُباشرةِ في السّرقةِ كذا ههنا.

فصل [في شروط حد قطع الطريق]

وأمّا الشَّرائطُ فأنواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى القاطِعِ خاصّةً.

وبعضُها يرجعُ إلى المقطوعِ عليه خاصّةً.

---

(١) في المخطوط: «لأجل أخذ».

وبعضُها يرجعُ إليهما جميعًا .

وبعضُها يرجعُ إلى المقطوعِ له .

وبعضُها يرجعُ إلى المقطوعِ فيه .

أمّا الذي يرجعُ إلى القاطِعِ خاصّةً فأنواعٌ :

منها: أنْ يكونَ عاقِلاً .

ومنها: أنْ يكونَ بالِغًا فإنْ كان صَبيًّا ، أو مجنونًا فلا حَدَّ عليهما ؛ لأنّ الحدَّ عُقوبةٌ فيَسْتَدْعي جنايةً ، وفعلُ الصّبيِّ ، والمجنونِ لا يوصَفُ بكونِه جنايةً ؛ ولهذا لم يتعَلَّقْ به القَطْعُ في السّرقةِ كذا هذا .

ولو كان في القُطّاعِ صَبيٌّ ، أو مجنونٌ فلا حَدَّ على أحدٍ في قولِهما .

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إنْ كان الصّبيُّ هو الذي يَلي القَطْعَ فكذلك ، وإنْ كان غيرُه ؛ حَدَّ العُقَلاءَ البالِغينَ ، قد ذَكَرْنا المسألةَ في كتابِ السّرقةِ .

(ومنها) الذُّكورةُ في ظاهرِ الرّوايةِ حتّى لو كانت في القُطّاعِ امرأةٌ فوُلّيَتِ القِتالَ ، وأخْذَ المالِ دونَ الرّجالِ لا يُقامُ الحدُّ عليها في الرّوايةِ المشهورةِ .

وذكر الطَّحاويُّ - رحمه الله - وقال : النِّساءُ والرّجالُ في قَطْعِ الطَّريقِ سواءٌ ، وعلى قياس قوله تعالى يُقامُ الحدُّ عليها ، وعلى الرّجالِ .

وجه ما ذكره الطّحاويُّ: أنّ هذا حَدٌّ يَسْتَوي في وُجوبِه الذَّكَرُ والأُنثى كسائرِ الحُدودِ ؛ ولأنّ الحدَّ إنْ كان هو القَطْعُ فلا يُشترَطُ في وُجوبِه الذُّكورةُ والأُنوثةُ كسائرِ الحُدودِ ، فلا يُشترَطُ في وُجوبِه الذُّكورةُ كحَدِّ السّرقةِ ، وإنْ كان هو القَتْلُ فكذلك كحَدِّ الزِّنا ، وهو الرَّجْمُ إذا كانت مُحْصَنَةً .

وجه الرّوايةِ المشهورةِ: أنّ رُكْنَ القَطْعِ ، وهو الخُروجُ على المارّةِ على وجه المُحارَبةِ ، والمُغالَبةِ لا يتحَقَّقُ من النّساءِ عادةً لِرِقّةِ قُلوبِهِنّ ، وضَعْفِ بنيَتِهِنّ ، فلا يكنّ من أهلِ الحِرابِ ؛ ولهذا لا يُقْتَلْنَ في دارِ الحربِ ، بخلافِ السّرقةِ ؛ لأنّها أخْذُ المالِ على وجه الاستخفاءِ ، ومُسارَقةِ الأعيُنِ ، والأُنوثةُ لا تمنَعُ من ذلك ، وكذا أسبابُ سائرِ الحُدودِ تَتحَقّقُ من النِّساءِ كما تَتحَقّقُ من الرّجالِ .

وأمّا الرّجالُ الذين معها فلا يُقامُ عليهم الحدُّ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - سواءٌ باشروا معها، أو لم يُباشروا.

فرّقَ أبو يوسفَ بينَ الصّبيِّ، وبينَ المرأةِ حيث قال: إذا باشرَ الصّبيُّ لا حَدَّ على مَنْ لم يُباشرْ من العُقَلاءِ البالِغينَ، وإذا باشرَتِ المرأةُ تُحَدُّ كالرّجالُ.

(ووجه) الفرقِ له: أنّ امتناعَ الوُجوبِ على المرأةِ ليس لِعَدَمِ الأهليّةِ؛ لأنّها من أهلِ التّكْليفِ، ألا تَرَى أنّه تَتَعَلَّقُ سائرُ الحُدودِ بفعلِها، بل لِعَدَمِ المُحارَبةِ منها أو نُقْصانِها عادةً، وهذا لم يوجدْ في الرّجالِ فلا [1] يَمْتَنِعُ وُجوبُ الحدِّ عليهم، وامتناعُ الوُجوبِ على الصّبيِّ لِعَدَمِ أهليّةِ الوُجوبِ؛ لأنّه ليس من أهلِ الإيجابِ عليه؛ ولهذا لم يجبْ عليه سائرُ الحُدودِ فإذا انتفَى الوُجوبُ عليه، وهو أصلٌ امتنَعَ التّبَعُ ضرورةً.

(وجه) قولِهما: أنّ سببَ الوُجوبِ شيءٌ واحدٌ، وهو قَطْعُ الطَّريقِ، وقد حَصَلَ مِمَّنْ يجبُ عليه، ومِمَّنْ لا يجبُ عليه فلا يجبُ أصلاً كما إذا كان فيهم صَبيٌّ أو مجنونٌ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) الحُرّيّةُ فليستْ بشرطٍ لِعُمومِ قولِه تبارَك، وتعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا﴾ [المائدة:٣٣] الآيةُ من غيرِ فصلٍ بينَ الحُرِّ والعبدِ؛ ولأنّ الرُّكْنَ، وهو قَطْعُ الطَّريقِ يتحقّقُ من العبدِ حَسْبَ تَحَقُّقِه من الحُرِّ؛ فيَلْزَمُه حُكْمُه كما يَلْزَمُ الحُرَّ، وكذلك الإسلامُ؛ لِما قُلْنا، واللَّه تعالى أعلم.

فصل [في المقطوع عليه]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقطوعِ عليه خاصّةً فنوعانِ:

احدُهما: أنْ يكونَ مسلمًا، أو ذِمّيًا فإنْ كان حَرْبيًا مُسْتأمَنًا لا حَدَّ على القاطِعِ؛ لأنّ مالَ الحربيِّ المُسْتأمَنِ ليس بمعصومٍ مُطْلَقًا، بل في عِصْمَتِه شُبْهةُ العدَمِ؛ لأنّه من أهلِ دارِ الحربِ، وإنّما [2] العِصْمةُ بعارِضِ الأمانِ مُؤَقَّتةٌ إلى غايةِ العوْدِ إلى دارِ الحربِ، فكان في عِصْمَتِه شُبْهةُ الإباحةِ فلا يتعلَّقُ الحدُّ بالقَطْعِ عليه، كما لا يتعلَّقُ بسَرِقةِ مالِه، بخلافِ

(١) في المخطوط: «ولا».
(٢) زاد في المخطوط: «استفاد».

الذِّمّيّ؛ لأنّ عقدَ الذِّمّةِ أفادَ له عِصْمةَ مالِه على التّأبيدِ؛ فتَعَلَّقَ [١] الحدُّ بأخْذِه كما يتعَلَّقُ بسَرِقَتِه.

والثاني: أنْ تكونَ يَدُه صَحيحةً بأنْ كانت يَدَ مِلْكٍ، أو يَدَ أمانةٍ، أو يَدَ ضمانٍ، فإنْ لم تَكُنْ صَحيحةً كيَدِ السّارِقِ لا حَدَّ على القاطِعِ كما لا حَدَّ على السّارِقِ على [٢/ ٣٠٢أ] ما مَرَّ في كتابِ السّرقةِ، واللّه تعالى أعلم.

فصل [في القاطع والمقطوع عليه]

وأمّا الذي يرجعُ إليهما جميعًا فواحدٌ، وهو أنْ لا يكونَ في القُطّاعِ ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من أحدٍ من المقطوعِ عليهم فإنْ كان لا يجبُ الحدُّ؛ لأنّ بينَهما تَبَسُّطًا في المالِ والحِرْزِ؛ لِوُجودِ الإذنِ بالتّناوُلِ عادةً فقد أخذ مالاً لم يُحْرِزْه عنه الحِرْزُ المَبنيُّ في الحضرِ، ولا السُّلْطانُ الجاري في السَّفَرِ فأورَثَ ذلك شُبْهةً في الأجانِبِ لاتِّحادِ السَّبَبِ، وهو قَطْعُ الطَّريقِ، وكان الجصّاصُ يقولُ: جوابُ الكتابِ مَحْمولٌ على ما إذا كان المَأخوذُ مشترَكًا بينَ المقطوعِ عليهم، وفي القُطّاعِ مَنْ هو ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من أحدِهم، فأمّا إذا كان لِكُلِّ واحدٍ منهم مالٌ مُفَرَّزٌ يجبُ الحدُّ على الباقينَ، وجوابُ الكتابِ مُطْلَقٌ عن هذا التّفْصيلِ، واللّه تعالى أعلم.

فصل [في المقطوع له]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقطوعِ له فما ذُكِرَ [٢] في كتابِ السّرقةِ، وهو أنْ يكونَ المَأخوذُ مالاً مُتَقَوِّمًا معصومًا ليس فيه لأحدٍ حَقُّ الأخْذِ، ولا تأويلُ التّناوُلِ، ولا تُهْمةُ التّناوُلِ مملوكًا لا مِلْكَ فيه للقاطِعِ، ولا تأويلَ المِلْكِ، ولا شُبْهةَ المِلْكِ مُحَرَّزًا مُطْلَقًا بالحافِظِ ليس فيه شُبْهةُ العدَمِ نِصابًا كامِلاً: عشرةَ دراهمَ، أو مُقَدَّرًا بها حتّى لو كان المالُ المَأخوذُ لا يُصيبُ كُلَّ واحدٍ من القُطّاعِ عشرةً لا حَدَّ (عليهم قد) [٣] ذَكَرْنا دَلائلَ هذه الشّرائطِ، والمَسائلِ التي تُخَرّج عليها في كتابِ السّرقةِ، وشرَطَ الحسنُ بنُ زيادٍ في نِصابِ قَطْعِ الطَّريقِ أنْ يكونَ (عشرينَ درهمًا) [٤] فصاعِدًا.

---

(١) في المخطوط: «فيتعلق».
(٢) في المخطوط: «ذكرنا».
(٣) في المخطوط: «على أحد وقد».
(٤) في المخطوط: «عشرة».

وقال عيسى بنُ زيادٍ[١]: إنْ قَتَلوا قُتِلوا، وإنْ كان ما أخذ كُلُّ واحدٍ منهم أقَلَّ من عشرةٍ.

(وجه) قولِ الحسنِ: أنّ الشّرعَ قَدَّرَ نِصابَ السّرقةِ بعشرةٍ[٢]، والواجبُ فيها قَطْعُ طَرَفِ الواحدِ[٣]، وههنا يُقْطَعُ طَرَفانِ فيُشترَطُ نِصابانِ، وذلك عشرونَ.

(وجه) قولِ عيسى - رحمه الله -: أنّا أجمعنا على أنّهم لو قَتَلوا، ولم يأخذوا المالَ أصلاً قُتِلوا، فإذا أخَذوا شيئًا من المالِ، وإنْ قَلَّ أولى أنْ يُقْتَلوا.

(ولَنا) الفرْقُ بينَ النّوْعَيْنِ، وهو أنّهم لَمّا قَتَلوا، ولم يأخذوا المالَ أصلاً عُلِمَ أنّ مقصودَهم القَتْلُ لا المالُ، والقَتْلُ جنايةٌ مُتَكامِلةٌ في نفسِها فيُجازَى بعُقوبةٍ مُتَكامِلةٍ، وهي القَتْلُ، ولَمّا أخَذوا المالَ، وقَتَلوا دَلَّ أنّ مقصودَهم المالُ، وإنّما قَتَلوا ليتمَكَّنوا من أخْذِ المالِ، وأخْذُ المالِ لا يتكامَلُ جنايةً إلاّ إذا كان المَأخوذُ نِصابًا كما في السّرقةِ، واللّه تعالى أعلم.

فصل [في المقطوع فيه]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقطوعِ فيه، وهو المكانُ فنوعانِ:

أحدُهما: أنْ يكونَ قَطْعُ الطَّريقِ في دارِ الإسلامِ، فإنْ كان في دارِ الحربِ لا يجبُ الحدُّ؛ لأنّ المُتَوَلّيَ لإقامةِ الحدِّ هو الإمامُ، وليس له ولايةٌ في دارِ الحربِ فلا يَقْدِرُ على الإقامةِ فالسَّبَبُ حينَ وُجودِه لم يَنْعَقِدْ سببًا للوُجوبِ؛ لِعَدَمِ الولايةِ فلا يَسْتَوْفيه في دارِ الإسلامِ؛ ولهذا لا يَسْتَوْفي سائرَ الحُدودِ في دارِ الإسلامِ إذا وجَدَ أسبابَها في دارِ الحربِ كذا هذا.

والثاني: أنْ يكونَ في غيرِ مِصْرٍ[٤] فإنْ كان في مِصْرٍ لا يجبُ الحدُّ، سواءٌ كان القَطْعُ نَهارًا أو ليلاً، وسواءٌ كان بِسِلاحٍ أو غيرِه، وهذا استحسانٌ، وهو قولُهما[٥]، والقياسُ أنْ يجبَ، وهو قولُ أبي يوسفَ.

---

(١) في المخطوط: «أبان».
(٢) في المخطوط: «بالعشرة».
(٣) في المخطوط: «واحد».
(٤) في المخطوط: «مصره».
(٥) في المخطوط: «قول أبي حنيفة ومحمد».

(وجه) القياس: أنّ سببَ الوُجوبِ قد تَحقَّقَ، وهو قَطْعُ الطَّريقِ فيجبُ الحدُّ كما لو كان في غيرِ مِصْرٍ.

(وجه) الاستحسانِ: أنّ القَطْعَ لا يحصُلُ بدونِ الانقِطاعِ، والطَّريقُ لا يَنْقَطِعُ في الأمصارِ، وفيما بينَ القُرَى؛ لأنّ المارّةَ لا تمتَنِعُ عن المُرورِ عادةً فلم يوجدِ السَّبَبُ.

وقيل: إنّما أجابَ أبو حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - على ما شاهَدَه [(١)] في زَمانِه؛ لأنّ أهلَ الأمصارِ كانوا يحمِلونَ السِّلاحَ فالقُطّاعُ ما كانوا يتمَكّنونَ من مُغالَبَتِهم في المِصْرِ [(٢)]، والآنَ تَرَكَ النّاسُ هذه العادةَ؛ فتُمْكِنُهم المُغالَبَةُ فيجري عليهم الحدُّ، وعلى هذا قال أبو حنيفةَ - رحمه الله - فيمَنْ قَطَعَ الطَّريقَ بينَ الحيرةِ والكوفةِ: إنّه لا يجري عليه الحدُّ؛ لأنّ الغوْثَ كان يَلْحَقُ هذا الموضِعَ في زَمانِه؛ لاتّصالِه بالمِصْرِ، والآنَ صار مُلْتَحِقًا بالبرّيّةِ فلا يَلْحَقُ الغوْثُ؛ فيتحَقَّقُ قَطْعُ الطَّريقِ.

والثّالِث: أنْ يكونَ بينَهم وبينَ المِصْرِ مَسيرةُ سفَرٍ، فإنْ كان أقَلَّ من ذلك لم يكونوا قُطّاعَ الطَّريقِ.

وهذا على قولِهما، فأمّا على قولِ أبي يوسفَ فليس بشرطٍ، ويكونونَ قُطّاعَ الطَّريقِ، والوجه ما بَيّنّا فيجبُ الحدُّ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ في قُطّاعِ الطَّريقِ في المِصْرِ إنْ قاتَلوا نَهارًا بسِلاحٍ يُقامُ عليهم الحدُّ، وإنْ خرَجوا بخَشَبٍ لهم لم يُقَمْ عليهم؛ لأنّ السِّلاحَ لا يَلْبَثُ فلا يَلْحَقُ الغوْثُ، والخشَبُ يَلْبَثُ فالغوْثُ يَلْحَقُ.

وإنْ قاتَلوا ليلاً بسِلاحٍ، أو بخَشَبٍ يُقامُ عليهم الحدُّ؛ لأنّ الغوْثَ قَلَّما يَلْحَقُ باللَّيْلِ؛ فيَسْتَوي فيه السِّلاحُ، وغيرُه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَلو أشهَرَ [(٣)] على رجلٍ سِلاحًا نَهارًا أو ليلاً في غيرِ مِصْرٍ أو في مِصْرٍ فقَتَلَه المشهورُ عليه عَمْدًا فلا شيءَ عليه، وكذلك إنْ شُهِرَ عليه عَصًا ليلاً في غيرِ مِصْرٍ أو في مِصْرٍ، وإنْ كان نَهارًا في مِصْرٍ فقَتَلَه المشهورُ عليه يُقْتَلْ به، والأصلُ في [٢/ ٣٠٢ب]هذا أنّ مَنْ قَصَدَ قَتْلَ إنسانٍ لا يَنْهَدِرُ [(٤)] دَمُه، ولكنْ يُنْظَرُ إنْ كان المشهورُ عليه يُمْكِنُه دَفْعُه عن نفسِه بدونِ

(١) في المخطوط: «شاهد».
(٢) في المخطوط: «الظاهر».
(٣) في المخطوط: «شهر».
(٤) في المخطوط: «يهدد».

القَتْلِ لا يُباحُ له القَتْلُ، وإنْ كان لا يُمْكِنُه الدَّفْعُ إلاّ بالقَتْلِ يُباحُ [له] (١) القَتْلُ؛ لأنّه من ضروراتِ الدَّفْعِ، فإنْ (٢) شَهَرَ عليه سَيْفَه يُباحُ له أنْ يَقْتُلَه؛ لأنّه لا يَقْدِرُ على الدَّفْعِ إلاّ بالقَتْلِ ألا تَرَى أنّه لو استَغاثَ النّاسَ لَقَتَلَه قبل أنْ يَلْحَقَه الغوْثُ إذِ السِّلاحُ لا يَلْبَثُ، فكان القَتْلُ من ضروراتِ الدَّفْعِ؛ فيُباحُ قَتْلُه فإذا قَتَلَه فقد قَتَلَ شَخْصًا مُباحَ الدَّمِ فلا شيءَ عليه.

وكذا إذا أشهَرَ (٣) عليه العصا ليلاً؛ لأنّ الغوْثَ لا يَلْحَقُ باللَّيْلِ (٤) عادةً سواءٌ كان في المَفازةِ، أو في المِصْرِ، وإنْ أشهَرَ (٥) عليه نَهارًا في المِصْرِ لا يُباحُ قَتْلُه؛ لأنّه يُمْكِنُه دَفْعُ شرِّه بالاستِغاثةِ بالنّاس، وإنْ كان في المَفازةِ يُباحُ قَتْلُه؛ لأنّه لا يُمْكِنُه الاستِغاثةُ فلا يَنْدَفِعُ شرُّه إلاّ بالقَتْلِ؛ فيُباحُ له القَتْلُ.

ورَوَى أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهما أنّه لو قَصَدَ قَتْلَه بما لو قَتَلَه به لَوَجَبَ عليه القِصاصُ فقَتَلَه المقصودُ قَتْلُه لا يجبُ [عليه] (٦) القِصاصُ؛ لأنّه يُباحُ قَتْلُه إذْ لو لم يُبَحْ لَقَتَلَه القاصِدُ، وإذا قَتَلَه يُقْتَلُ به قِصاصًا، فكان فيه إتلافُ نفسَيْنِ، فإذا أُبيحَ قَتْلُه كان فيه إتلافُ أحدِهما، فكان أهونَ.

ولو قَصَدَ قَتْلَه بما لو قَتَلَه به لكان لا يجبُ القِصاصُ لا يُباحُ للمقصودِ قَتْلُه أنْ يَقْتُلَ القاصِدَ فإنْ قَتَلَه يجب عليه القِصاصُ؛ لأنّه ليس في تَرْكِ الإباحةِ ههنا إتلافُ نفسٍ فلا يُباحُ، فإذا قَتَلَه فقد قَتَلَ شَخْصًا معصومَ الدَّمِ على الأبَدِ فيجبُ القِصاصُ، واللّه تعالى أعلم.

فصل [في بيان ما يظهر عند القاضي]

وأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به القَطْعُ عند القاضي: فالذي يَظْهَرُ به البيِّنةُ أو الإقرارُ عَقيبَ خُصومةٍ صَحيحةٍ، ولا يَظْهَرُ بعِلْمِ القاضي على ما ذَكَرْنا في كتابِ السّرقةِ، واللّه تعالى أعلم.

* * *

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فإذا».
(٣) في المخطوط: «شهر».
(٤) في المخطوط: «بالليالى».
(٥) في المخطوط: «شهر».
(٦) ليست في المخطوط.

فصل [في حكم قطع الطريق]

وأمّا حُكْمُ قَطْعِ الطَّريقِ فلَه حُكْمانِ:

احدُهما: يتعَلَّقُ بالنّفسِ.

والآخرُ يتعَلَّقُ بالمالِ.

أمّا الذي يتعَلَّقُ بالنّفسِ فهو وُجوبُ الحدِّ، والكَلامُ في هذا الحُكْمِ في مَواضِعَ:

في بيانِ أصلِ هذا الحُكْمِ.

وفي بيانِ صِفاتِه.

وفي بيانِ مَحِلِّ إقامتِه.

وفي بيانِ مَنْ يُقيمُه.

وفي بيانِ ما يُسْقِطُه [(١)] بعدَ الوُجوبِ.

وفي بيانِ حُكْمِ السُّقوطِ بعدَ الوُجوبِ، أو عَدَمِ الثُّبوتِ لِمانِعٍ.

أمّا أصلُ الحُكْمِ الذي يتعلَّقُ بالنّفسِ فلَنْ [(٢)] يُمْكِنَ الوُصولُ إلى معرفَتِه إلاّ بعدَ معرفةِ أنواعِ قَطْعِ الطَّريقِ؛ لأنّه يختَلِفُ باختلافِ أنواعِه فنقولُ وباللّه التَّوْفيقُ: قَطْعُ الطَّريقِ أربعةُ أنواعٍ:

إمّا أنْ يكونَ بأخْذِ المالَ لا غيرُ، وإمّا أنْ يكونَ بالقَتْلِ لا غيرُ، وإمّا أنْ يكونَ بهما جميعًا، وإمّا أنْ يكونَ بالتّخْويفِ من غيرِ أخْذٍ ولا قَتْلٍ، فمَنْ [(٣)] أخذ المالَ ولم يَقْتُلْ قُطِعَتْ يَدُه ورِجْلُه من خلافٍ، ومَنْ قَتَلَ ولم يأخذِ المالَ قُتِلَ، ومَنْ أخذ المالَ وقَتَلَ قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: الإمامُ بالخيارِ إنْ شاء قَطَعَ يَدَه ورِجْلَه، ثُمّ قَتَلَه أو صَلَبَه. وإنْ شاء لم يَقْطَعْه، وقتَلَه أو صَلَبَه.

وقيل: إنّ تفسيرَ الجمْعِ بينَ القَطْعِ والقَتْلِ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - هو: أنْ يَقْطَعَه الإمامُ، ولا يحسِمُ موضِعَ القَطْعِ، بل يَتْرُكُه حتّى يَموتَ، وعندهما [(٤)] يُقْتَلُ ولا يُقْطَعُ،

---

(١) في المخطوط: «يسقط».

(٢) في المخطوط: «فلا».

(٣) في المخطوط: «لمن».

(٤) في المخطوط: «وقال أبو يوسف ومحمد».

ومَنْ أخافَ، ولم يأخذْ مالاً، ولا قَتَلَ نفسًا يُنْفَى.

وقال مالِكٌ - رحمه الله - في قاطِعِ الطَّريق: مُخَيَّرٌ بينَ الأجزيةِ المذكورةِ. والأصلُ فيه قولُه - عزّ وجلّ -: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة :٣٣] احتجَّ مالِكٌ - رحمه الله - بظاهرِ الآيةِ، وهو أنّ اللّهَ تبارَك وتعالى ذكر الأجزيةَ فيها بحرفِ «أو» وأنّها لِلتَّخْييرِ كما في كفّارةِ اليَمينِ، وكَفّارةِ جَزاءِ الصّيْدِ؛ فيجبُ العمَلُ بحقيقةِ هذا الحرفِ إلاّ حيث قام الدَّليلُ بخلافِها.

(ولَنا) أنّه لا يُمْكِنُ إجراءُ الآيةِ على ظاهرِ التّخْييرِ في مُطْلَقِ المُحارِبِ؛ لأنّ الجزاءَ على قدرِ الجنايةِ يَزْدادُ بزيادةِ الجنايةِ، ويَنْتَقِصُ بنُقْصانِها هذا هو مُقْتَضى العقلِ والسَّمْعِ أيضًا قال اللّه - تبارَك وتعالى -: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى :٤٠] فالتّخْييرُ في الجنايةِ القاصِرةِ بالجزاءِ [في الجزاءِ] [1] الذي هو جَزاءٌ في الجنايةِ الكامِلةِ، وفي الجنايةِ الكامِلةِ بالجزاءِ الذي هو جَزاءٌ في الجنايةِ القاصِرةِ خلافُ المشروعِ يُحَقِّقُه [2] أنّ الأُمّةَ اجتَمعتْ [3] على أنّ (القُطّاعَ لو أخذوا المالَ، وقتَلوا لا يُجازونَ) [4] بالنّفيِ وحْدَه. وإنْ كان ظاهرُ الآيةِ يقتضي التّخْييرَ بينَ الأجزيةِ الأربعِ دَلَّ أنّه لا يُمْكِنُ العمَلُ بظاهرِ التّخْييرِ على أنّ التّخْييرَ الواردَ في الأحكامِ المُخْتَلِفةِ من حيث الصّورة بحرفِ التّخْييرِ إنّما يجري على ظاهرِه إذا كان سببُ الوُجوبِ واحدًا، كما في كفّارةِ اليَمينِ، وكَفّارةِ جَزاءِ الصّيْدِ.

أمّا إذا كان مُخْتَلِفًا فيُخَرّج مَخْرَجَ بيانِ الحُكْمِ لِكُلٍّ في نفسِه كما في قوله تعالى: ﴿قُلْنَا يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِمَّآ أَن تُعَذِّبَ وَإِمَّآ أَن تَتَّخِذَ فِيهِمْ حُسْنًا﴾ [الكهف :٨٦] أنّ ذلك ليس لِلتّخْييرِ بينَ المذكورينَ، بل لِبيانِ الحُكْمِ لِكُلٍّ في نفسِه؛ لاختلافِ سببِ الوُجوبِ، وتأويلُه [٢/ ٣٠٣أ] إمّا أنْ تُعذّبَ مَنْ ظَلَمَ أو تَتّخِذَ الحُسْنَ فيمَنْ آمَنَ وعَمِلَ صالِحًا. ألا تَرى إلى قولِه: ﴿أَمَّا مَن ظَلَمَ فَسَوْفَ نُعَذِّبُهُۥ﴾ [الكهف :٨٧] الآيةُ: ﴿وَأَمَّا مَنْ ءَامَنَ وَعَمِلَ صَٰلِحًا فَلَهُۥ جَزَآءً ٱلْحُسْنَىٰ﴾ [الكهف :٨٨] الآيةُ.

وقَطْعُ الطَّريقِ مُتَنَوِّعٌ في نفسِه، وإنْ كان مُتَّحِدًا من حيث الذّات قد يكونُ بأخْذِ المالِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يحقق ذلك».
(٣) في المخطوط: «أجمعت».
(٤) في المخطوط: «القاطع لو أخذ المال وقتل لا يجازى».

وحْدَه، وقد يكونُ بالقَتْلِ لا غيرُ، وقد يكونُ بالجمْعِ بينَ الأمرَيْنِ، وقد يكونُ بالتّخْويفِ لا غيرُ، فكان سببُ الوُجوبِ مُخْتَلِفًا فلا يُحْمَلُ على التّخْييرِ، بل على بيانِ الحُكْمِ لِكلّ نوعٍ، أو يُحْتَمَلُ هذا، ويُحْتَمَلُ ما ذَكَرْتُمْ فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتمالِ، وإذا لم (يُمْكِنْ صُرِفَتِ)[١] الآيةُ الشّريفةُ إلى ظاهرِ التّخْييرِ في مُطْلَقِ المُحارِبِ.

فإمّا أنْ يُحْمَلَ على التّرْتيبِ، ويُضْمَرَ في كُلِّ حُكْمٍ مذكورٍ نوعٌ من أنواعِ قَطْعِ الطّريقِ كأنّه قال - سبحانه وتعالى -: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ [المائدة:٣٣] إنْ أخذوا المالَ وقتلوا: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ﴾ [المائدة:٣٣] إنْ أخذوا المالَ لا غيرُ: ﴿أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة:٣٣] إنْ أخافوا هكذا ذكر - سَيِّدُنا - جِبْريلُ عليه الصلاة والسلام لِرسولِ اللّه ﷺ لَمّا قَطَعَ أبو بُرْدةَ رضي الله عنه بأصحابِه الطّريقَ على أُناسٍ جاءوا يُريدونَ الإسلامَ أنّ مَنْ قَتَلَ قُتِلَ، ومَنْ أخذ المالَ ولم يَقْتُلْ قُطِعَتْ يَدُه ورِجْلُه من خلافٍ ومَنْ قَتَلَ وأخذ المالَ صُلِبَ، ومَنْ جاءَ مسلمًا هَدَمَ الإسلامُ ما كان قبله من الشّرْكِ[٢]، وإلى هذا التّأويلِ يَذْهَبُ عبدُ اللّه بنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما، وإبراهيمُ النّخَعيّ، وإمّا أنْ يُعْمَلَ بظاهرِ التّخْييرِ بينَ الأجزيةِ الثّلاثةِ، لكنْ في مُحارِبٍ خاصٍّ، وهو الذي أخذ المالَ، وقَتَلَ، فكان العمَلُ بظاهرِ التّخْييرِ على هذا الوجه أقربَ من ظاهرِ الآيةِ؛ لأنّ اللّهَ - تبارَك وتعالى - جمع بينَ القَتْلِ، وقَطْعِ الطّريقِ في الذّكْرِ بقولِه - تبارَك وتعالى -: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا﴾ [المائدة:٣٣] [أن يقتلوا أو يصلبوا][٣] فالمُحارَبةُ هي القَتْلُ، والفسادُ في الأرضِ هو قَطْعُ الطّريقِ فأوجَبَ - سبحانه وتعالى - أحدَ الأجزيةِ من الفعلينِ بما ذكر، وفيه عملٌ بحقيقةِ حرفِ التّخْييرِ، وعملٌ بحقيقةِ ما أُضيفَ إليه الجزاءُ.

وهو ما ذكر سبحانه - وتعالى - من المُحارَبةِ، والسّعْيِ في الأرضِ بالفسادِ، فكان أقرَبَ إلى ظاهرِ الآيةِ، إلى هذا التّأويلِ يَذْهَبُ الحسنُ، وابنُ المُسَيّبِ، ومُجاهدٌ، وغيرُهم رضي الله عنهم، ثُمّ أبو يوسفَ، ومحمّدٌ - رحمهما الله - أخذا بالتّأويلِ

---

(١) في المخطوط: «يكن صرف».

(٢) أخرج أحمد حديثًا بمعنى هذا الحديث، برقم (١٧٣٥٧)، وأورده الهيثمي في المجمع (٩/ ٣٥١)، وهو حديث صحيح. انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٢٧٧٧).

(٣) ليست في المخطوط.

الأوّلِ، وهو تأويلُ التّرْتيبِ في المُحارِبِ إذا أخذ المالَ.

وقيلَ: إنّه يُقْتَلُ لا غيرُ؛ لأنّ - سَيِّدَنا - جِبْريلَ عليه الصلاة والسلام ذكر لِرسولِ اللّه ﷺ على ما مَرَّ.

وحَدُّ قُطّاعِ الطَّريقِ لم يُعْرَفْ إلاّ بهذا النّصِّ، ولأنّ أخْذَ المالِ، والقَتْلَ جنايةٌ واحدةٌ، وهي جنايةُ قَطْعِ الطَّريقِ فلا يُقابَلُ إلاّ بعُقوبةٍ واحدةٍ، والقَتْلُ والقَطْعُ عُقوبَتانِ على أنّهما إنْ كانتا جنايتيْنِ يجبُ بكُلِّ واحدةٍ منهما جَزاءٌ عند الانفِرادِ حَقًّا لِلّه تعالى لكنّهما إذا اجتَمَعا يدخلُ ما دونَ النّفسِ في النّفسِ كالسّارِقِ إذا زَنَى وهو مُحْصَنٌ.

وكَمَنْ زَنَى وهو غيرُ مُحْصَنٍ ثُمّ أُحْصِنَ فزَنَى: أنّه لا يُرْجَمُ لا غيرُ كذا ههنا؛ ولأنّه لا فائدةَ في إقامةِ القَطْعِ؛ لأنّ ما هو المقصودُ من الحدِّ وهو الزَّجْرُ، وما هو غيرُ مقصودٍ به وهو التّكْفيرُ يحصُلُ بالقَتْلِ وحْدَه فلا يُفيدُ القَطْعُ، فلا يُشْرَعُ، وأبو حنيفةَ - رحمه الله - أخذ بالتّأويلِ الثّاني، وهو التّخْييرُ بينَ الأجزيةِ الثّلاثةِ في المُحارِبِ الذي جمع بينَ أخْذِ المالِ، والقَتْلِ، وهو أحَقُّ التّأويلينِ للآيةِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ فيه عملاً بحقيقةِ حرفِ التّخْييرِ، وبِحقيقةِ ما أُضيفَ إليه الجزاءُ، وهو المُحارَبةُ، والسَّعْيُ في الأرضِ بالفسادِ، فكان أقْرَبَ إلى ظاهرِ الآيةِ، وإنّما عَرَفْنا حُكْمَ أخْذِ المالِ وحْدَه، وحُكْمَ القَتْلِ وحْدَه لا بهذه الآيةِ الشَّريفةِ، ولكنْ بحَديثِ - سَيِّدِنا - جِبْريلَ عليه الصلاة والسلام أو غيرِه، أو بالاستِدْلالِ بحالةِ الاجتِماعِ. وهو أنّه لَمّا وجَبَ الجمْعُ بينَ الموجِبينِ عند (وُجودِ القَطْعَيْنِ) [1]؛ يجبُ القَبولُ [2] بإفْرادِ كُلِّ واحدٍ منهما عند الانفِرادِ، ويُمْكِنُ أنْ يُقال: إنّه يقولُ في تأويلِ الآيةِ الكَريمةِ بالتّرْتيبِ فيوجِبُ الصّلْبَ بظاهرِ الآيةِ الشَّريفةِ.

والقَطْعَ بالاستِدْلالِ بحالةِ الانفِرادِ أنّه يجبُ على كُلِّ واحدٍ منهما، فعند الاجتِماعِ يجبُ أنْ يُجْمع إلاّ أنّ في بعضِ المَواضِعِ قام دليلُ إسقاطِ الأخفِّ، ولم يَقُمْ ههنا، بل قام دليلُ الوُجوبِ؛ لأنّ مَبنَى هذا البابِ على التّغْليظِ.

ألا تَرَى أنّه يُجْمَعُ بينَ قَطْعِ اليَدِ والرّجْلِ في أخْذِ المالِ، ولا يُجْمَعُ بينَهما في أخْذِ المالِ في المِصْرِ، وكذلك يُصْلَبُ في القَتْلِ وحْدَه ههنا، ولم يجبْ أنْ يُصْلَبَ في غيرِه من القَتْلِ في المِصْرِ فكذا جاز أنْ يُجمع بينَ الموجِبينِ عند مُباشرةِ النّوْعَيْنِ ههنا دونَ سائرِ

(١) في المخطوط: «وجوب القطع». (٢) في المخطوط: «القول».

المَواضِعِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَأمّا كيْفيّةُ الصّلْبِ فقد رويَ عن أبي يوسفَ - رحمه الله - أنّه يُصْلَبُ حيًّا، ثُمّ يُطْعَنُ برُمْحٍ حتّى يَموتَ، وكذا ذكر الكَرْخيُّ.

وعن أبي عُبيدٍ أنّه يُقْتَلُ، ثُمّ يُصْلَبُ، وكذا ذكر الطَّحاويُّ - رحمه الله - أنّ الصّلْبَ حَيًّا من بابِ المُثْلةِ، وقد نَهَى رسول الله ﷺ عن المُثْلةِ.

والصّحيحُ هو الأوّلُ؛ لأنّ الصّلْبَ في هذا البابِ شُرِعَ لِزيادةٍ في العُقوبةِ تَغْليظًا، والمَيِّتُ ليس من أهلِ العُقوبةِ؛ ولأنّه لو جاز أنْ يُقال: يُصْلَبُ [١] بعدَ الموتِ؛ لَجاز أنْ يُقال: تُقْطَعُ يَدُه، ورِجْلُه من خلافٍ بعدَ الموتِ، وذلك بَعيدٌ فكذا هذا، والمُرادُ من المُثْلةِ في الحديثِ قَطْعُ بعضِ الجوارحِ كذا قاله محمّدٌ - رحمه الله.

وقيلَ: إذا صَلَبَه الإمامُ تَرَكَه [٢] ثلاثةَ أيّامٍ عِبْرةً للخَلْقِ، ثُمّ يُخَلّي بينَه وبينَ أهلِه؛ لأنّه بعدَ الثّلاثِ يتغَيّرُ؛ فيتضرّرُ به النّاسُ.

وأمّا النّفيُ في قولِه تَبارَك وتعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة:٣٣] فقد اختلف أهلُ التّأويلِ فيه قال بعضُهم: المُرادُ منه ويُنْفَوْا من الأرضِ بحَذْفِ الألِفِ، ومعناه: ويُنْفَوْا من الأرضِ بالقَتْلِ والصّلْبِ إذ هو النّفيُ من وجه الأرضِ حقيقةً، وهذا على قولِ مَنْ تأوّلَ الآيةَ الشَّريفةَ في المُحارِبِ الذي أخذ المالَ، (وقيلَ: إنّ) [٣] الإمامَ يكونُ مُخَيَّرًا بينَ الأجزيةِ الثّلاثةِ، والنّفيِ من الأرضِ ليس غيرُ واحدٍ من هذه الثّلاثةِ في التّخْييرِ؛ لأنّ بالقَتْلِ، والصّلْبِ يحصُلُ النّفيُ فكذا لا يجوزُ أنْ يُجْعَلَ النّفيُ مُشارِكًا الأجزيةَ الثّلاثةَ في التّخْييرِ؛ لأنّه لا يُزاحمُ القَتْلَ؛ لأنّه دونَه بكَثيرٍ، وقيلَ: نَفْيُه أنْ يُطْرَدَ حتّى يخرُجَ من دارِ الإسلامِ، وهو قولُ الحسنِ، عن إبراهيمَ النّخَعيّ - رحمه الله - في روايةٍ أنّ نَفْيَه طَلَبُه وبِه قال الشّافعيُّ - رحمه الله -: إنّه يُطْلَبُ في كُلِّ بَلَدٍ، والقولانِ لا يصحّانِ؛ لأنّه إنْ طُلِبَ في البلَدِ الذي قَطَعَ الطَّريقَ، ونُفيَ عنه فقد ألقَى ضرَرَه إلى بَلَدٍ آخرَ، وإنْ طُلِبَ من [٤] كُلِّ بَلَدٍ من بلادِ الإسلامِ [٥]، ونُفيَ عنه يدخلُ دارَ الحربِ، وفيه تَحْريضٌ له على

---

(١) في المخطوط: «صلب».
(٢) في المخطوط: «يتركه».
(٣) في المخطوط: «وقتل لأن».
(٤) في المخطوط: «في».
(٥) في المخطوط: «المسلمين».

الكُفرِ، وجَعْلُه حَرْبًا لَنا، وهذا لا يجوزُ.

وعن إبراهيم النّخَعيّ - رحمه الله - في روايةٍ أُخرى أنّه يُحْبَسُ حتّى يُحْدِثَ تَوْبةً، وفيه نَفْيٌ عن وجه الأرضِ مع قيامِ الحياةِ إلاّ عن الموضِع الذي حُبِسَ فيه، ومثلُ هذا في عُرْفِ النّاس يُسَمَّى نَفْيًا عن وجه الأرضِ، وخُروجًا عن الدُّنْيا كما أُنْشِدَ لِبعضِ المَحْبوسينَ [من الطويل]:

خَرَجْنا من الدُّنيا ونحنُ من أهلها | فلَسْنا من الأحياءِ فيها ولا الموتَى
إذا جاءَنا السَّجّانُ يومًا لِحاجةٍ | عَجِبنا وقُلْنا جاءَ هذا من الدُّنيا

فصل [في صفات هذا الحكم]

وأمّا صِفاتُ هذا الحُكْم فأنواعٌ: منها أنّه يَنْفي وُجوبَ ضمانِ المالِ والجِراحاتِ عَمْدًا كانت الجِراحةُ أو خَطَأً، أمّا المالُ؛ فلأنّه لا يُجْمَعُ بينَ الحدِّ، والضَّمانِ عندنا.

وأمّا الجِراحاتُ إذا كانت خَطَأً؛ فلأنّها توجِبُ الضَّمانَ [(١)] وإنْ كانت عَمْدًا؛ فلأنّ الجنايةَ فيما دونَ النّفسِ يُسْلَكُ بها مسلَكَ الأموالِ، ولا يجبُ ضمانُ المالِ فكذا ضمانُ الجِراحاتِ، قد ذَكَرْنا ما يتعلّقُ من المَسائلِ بهذا الأصلِ في كتابِ السّرقةِ.

ومنها: أنْ يجريَ فيها التّداخُلُ حتّى لو قَطَعَ قِطْعاتٍ فرُفِعَ في بعضِها فقُطِعَتْ يَدُه، ورِجْلُه فيما رُفِعَ فيه كان ذلك للقِطْعاتِ كُلِّها كما في السّرقةِ إلاّ أنّ ثَمّةَ التّداخُلَ لاحتمالِ عَدَمِ الفائدةِ مع بَقاءِ مَحِلِّ القَطْعِ، وهو الرِّجْلُ اليُسْرَى، وههنا التّداخُلُ لِعَدَمِ المَحِلِّ، والكَلامُ في الضَّمانِ فيما لم يُخاصَمْ فيه ما هو الكَلامُ في السّرقةِ أنّه إذا كان المالُ قائمًا يَرُدُّه، وإنْ كان هالِكًا فعلى الاختلافِ الذي ذَكَرْنا في كتابِ السّرقةِ.

ومنها: أنّه لا يُحْتَمَلُ العفْوُ والإسقاطُ والإبراءُ والصُّلْحُ عنه، فكُلُّ ما وجَبَ على قاطِعِ الطَّريقِ من قَتْلٍ أو قَطْعٍ أو صَلْبٍ يُسْتَوْفَى منه، سواءٌ عَفا الأولياءُ، وأربابُ الأموالِ عن ذلك، أو لم يَعْفو أو سواءٌ أبرَءوا منه، أو صالَحوا عليه، وليس للإمامِ أيضًا إذا ثَبَتَ ذلك عنده تَرْكُه، وإسقاطُه، والعفْوُ عنه؛ لأنّ الواجبَ حَدٌّ، والحُدودُ حُقوقُ اللَّه - تَبارَكَ وتعالى - فلا يعملُ فيها العبدُ، ولا صُلْحُه ولا الإبراءُ عنها.

---

(١) في المخطوط: «المال».

فصل [في محل إقامة هذا الحكم]

وأمّا مَحِلُّ إقامةِ هذا الحُكْمِ فنقولُ: مَحِلُّ إقامةِ هذا الحُكْمِ يختَلِفُ باختلافِ الحُكْمِ، فإنْ كان الحُكْمُ هو القَتْلُ بأنْ قَتَلَ، أو أخذ المالَ وقَتَلَ، أو الحبْسُ بأنْ لم يأخذِ المالَ ولم يَقْتُلْ، ولكنّه خوّفَ لا غيرُ فمَحِلُّ إقامتِه النّفسُ، وإنْ كان الحُكْمُ هو القَطْعُ بأنْ أخذ المالَ لا غيرُ فمَحِلُّ إقامتِه اليَدُ اليُمْنَى، والرِّجْلُ اليُسْرَى؛ لِقولِه - تبارَك وتعالى -: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ﴾ [المائدة:٣٣]، ويُعْتَبَرُ في ذلك سَلامةُ اليَدِ اليُسْرَى، والرِّجْلِ اليُمْنَى على ما ذَكَرْنا في كتابِ السّرقةِ.

وكذلك حُكْمُ فعلِ الحدّادِ إذا قَطَعَ اليَدَ اليُسْرَى مكان اليُمْنَى مُتَعَمِّدًا أو مُخْطِئًا، وحُكْمُ فعلِ الأجنبيِّ إذا قَطَعَ اليَدَ اليُسْرَى خَطَأً أو عَمْدًا ههنا مثلُ الحُكْمِ في السّرقة، قد استَوْفَيْنا الكَلامَ فيه في كتابِ السّرقةِ، وكذا مَحِلُّ القَطْعِ من اليَدِ اليُمْنَى هو المَفْصِلُ كما في السّرقةِ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في بيان من يقيم هذا الحكم]

وأمّا بيانُ مَنْ يُقيمُ هذا الحُكْمَ فالذي يُقيمُه الإمامُ، أو مَنْ ولاّه الإمامُ الإقامةَ، ليس إلى الأولياءِ، ولا إلى أربابِ الأموالِ شيءٌ، بل يُقيمُه الإمامُ طالَبَ الأولياءُ، وأربابُ الأموالِ بالإقامةِ، أو لم يُطالِبوا، وهذا عندنا، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله -: المولى يَمْلِكُ إقامةَ الحدِّ على مملوكِه من غيرِ تَوْليةِ الإمامِ، والكَلامُ في هذا الفصلِ على الاستِقْصاءِ ذَكَرْناه في كتابِ الحُدودِ.

فصل [٢/٣٠٣ب] [في بيان ما يسقط هذا الحكم]

وأمّا بيانُ ما يُسْقِطُ هذا الحُكْمَ بعدَ وُجوبِه فالمُسْقِطُ له بعدَ الوُجوبِ أشياءُ ذَكَرْناها في كتابِ السّرقةِ:

(منها) تَكْذيبُ المقطوعِ عليه القاطِعَ في إقرارِه بقَطْعِ الطَّريقِ أنّه لم يَقْطَعْ عليه الطَّريقَ.

(ومنها) رُجوعُ القاطِعِ عن إقرارِه بقَطْعِ الطَّريقِ.

(ومنها) تَكْذيبُ المقطوعِ عليه البيِّنةَ.

(ومنها) مِلْكُ القاطِعِ المقطوعَ له، وهو المالُ قبل التّرافُعِ أو بعدَه على التّفْصيلِ على الاختلافِ الذي ذَكَرْناه في كتابِ السّرقةِ.

(ومنها) تَوْبةُ القاطِعِ قبل أنْ يقْدِرَ عليه؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهِمْ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤] أي: رَجَعوا عَمّا فعَلوا فندِموا على ذلك، وعَزَموا على أنْ لا يَفْعَلوا مثلَه في المُسْتقبَلِ، فدَلَّتْ هذه الآيةُ الشّريفةُ على أنّ قاطِعَ الطَّريقِ إذا تابَ قبل أنْ يُظْفَرَ به يَسْقُطُ عنه الحدُّ، وتَوْبَتُه برَدِّ المالِ على صاحبِه إنْ كان أخذ المالَ لا غيرُ، مع العزْمِ على أنْ لا يَفْعَلَ مثلَه في المُسْتقبَلِ، ويَسْقُطُ عنه القَطْعُ أصلاً، ويَسْقُطُ عنه القَتْلُ حَدًّا.

وكذلك إنْ أخذ المالَ، وقَتَلَ حتّى لم يكنْ للإمامِ أنْ يَقْتُلَه، ولكنْ يَدْفَعُه إلى أولياءِ القَتيلِ ليَقْتُلوه قِصاصًا إنْ كان القَتْلُ بسِلاحٍ على ما نذكرُه - إنْ شاء اللّٰه تعالى -، وإنْ لم يأخذِ المالَ، ولم يَقْتُلْ فتَوْبَتُه النّدَمُ على ما فعَلَ، والعزْمُ على تَرْكِ مثلِه في المُسْتقبَلِ، وهو أنْ يأتيَ الإمامَ عن طَوْعٍ واختيارٍ، ويُظْهِرَ التّوْبةَ عنده، ويَسْقُطُ عنه الحبْسُ؛ لأنّ الحبْسَ لِلتّوْبةِ، وقد تابَ فلا معنًى للحَبْسِ، وكذلك السّرقةُ الصُّغْرَى، إذا تابَ السّارِقُ قبل أنْ يُظْفَرَ به، ورَدَّ المالَ إلى صاحبِه يَسْقُطُ [1] عنه القَطْعُ، بخلافِ سائرِ الحُدودِ أنّها لا تسقُطُ بالتّوْبةِ، والفرْقُ أنّ الخُصومةَ شرطٌ في السّرقةِ الصُّغْرَى والكُبْرَى؛ لأنّ مَحِلَّ الجنايةِ خالصُ حَقِّ العِبادِ، والخُصومةُ تَنْتَهي بالتّوْبةِ، والتّوْبةُ تَمامُها برَدِّ المالِ إلى صاحبِه، فإذا وصَلَ المالُ إلى صاحبِه لم يَبْقَ له حَقُّ الخُصومةِ مع السّارِقِ، بخلافِ سائرِ الحُدودِ فإنّ الخُصومةَ فيها ليستْ بشرطٍ فعَدَمُها لا يمنعُ من إقامةِ الحُدودِ [2]، وفي حَدِّ القَذْفِ إنْ كانت شرطًا لكنّها لا تَبْطُلُ بالتّوْبةِ؛ لأنّ بُطْلانَها برَدِّ المالِ إلى صاحبِه، ولم يوجدْ.

وقد رويَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه كتَبَ إليه عامِلُه بالبصْرةِ أنّ حارِثةَ بنَ زَيْدٍ حارَبَ اللّٰهَ ورسوله، وسَعَى في الأرضِ فسادًا فكَتَبَ إليه - سَيِّدُنا - عَليٌّ رضي الله عنه أنّ حارِثةَ قد تابَ قبل أنْ تقدِرَ عليه فلا تَتَعَرَّضْ له إلاّ بخَيْرٍ، هذا إذا تابَ قاطِعُ الطَّريقِ قبل القُدْرةِ عليه، فأمّا إذا تابَ بعدَما قُدِرَ عليه بأنْ أخذ ثُمّ تابَ لا يَسْقُطُ عنه الحدُّ؛ لأنّ التّوْبةَ

---

(١) في المخطوط: «سقط».

(٢) في المخطوط: «الحد».

عن السّرقةِ إذا أخذ المالَ بردِّ المالِ على [١] صاحبِه، وبعدَ الأخْذِ لا يكونُ رَدُّ المالِ، بل يكونُ استِرْدادًا منه جَبْرًا فلا يَسْقُطُ الحدُّ، وإذا لم يأخذِ المالَ فهو بعدَ الأخْذِ مُتَّهَمٌ في إظهارِ التّوْبَةِ فلا تَتَحقَّقُ تَوْبَتُه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في حكم سقوط الحد بعد الوجوب]

وأمّا حُكْمُ سُقوطِ الحدِّ بعدَ الوُجوبِ، وحُكْمُ عَدَمِ الوُجوبِ لِمانِعٍ فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقُ -: إذا سَقَطَ الحدُّ بعدَ التّوْبةِ قبل أنْ يُقْدرَ عليهم، فإنْ كانوا أخَذوا المالَ لا غيرُ رَدّوه على صاحبِه إنْ كان قائمًا، وإنْ كان هالِكًا أو مُسْتَهْلَكًا؛ فعليهم الضّمانُ، وإنْ كانوا قَتَلوا لا غيرُ يُدْفَعُ مَنْ قَتَلَ منهم بسِلاحٍ إلى الأولياءِ ليَقْتُلوه، أو يَعْفوا عنه، ومَنْ قَتَلَ بعَصًا أو حَجَرٍ فعلى عاقِلَتِه الدّيةُ لِوَرَثةِ المقتولِ، وإنْ كانوا أخَذوا المالَ، وقَتَلوا فحُكْمُ أخْذِ المالِ، والقَتْلِ عند الاجتِماعِ ما هو حُكْمُهما عند الانفِرادِ وقد ذَكَرْناه، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الحدَّ إذا سَقَطَ بالتّوْبةِ قبلَ القُدْرةِ صار حُكْمُ القَتْلِ، وأخْذُ المالِ، وهَلاكُه، واستِهْلاكُه ما هو حُكْمُها في غيرِ قَطْعِ الطَّريقِ [وحكمها في غير قطع الطريق] [٢] ما قُلْنا، وإنْ كانوا أخَذوا المالَ، وجَرَحوا، أو أخَذوا المالَ، وقَتَلوا، وجَرَحوا قَوْمًا، أو جَرَحوا قَوْمًا، ولم يكنْ منهم أخْذٌ، ولا قَتْلٌ فحُكْمُ القَتْلِ والمالِ ما ذَكَرْنا، والجِراحاتُ فيها القِصاصُ فيما يَقْدِرُ فيه على القِصاصِ، والأرْشُ فيما لا يَقْدِرُ عليه؛ لأنّ عند سُقوطِ الحدِّ صار كأنّ الجِراحةَ حَصَلَتْ من غيرِ قَطْعِ الطَّريقِ، ولو كان كذلك كان حُكْمُه ما ذَكَرْنا فكذا هذا.

وكذلك إنْ قُدِرَ عليهم قبل التّوْبةِ، ولم يكنْ منهم قَتْلٌ، ولا أخْذُ مالٍ وقد أخافوا قَوْمًا بجِراحاتٍ يجبُ القِصاصُ فيما يُسْتَطاعُ فيه الاقْتِصاصُ، والدّيةُ فيما لا يُسْتَطاعُ فيودَعونَ السِّجْنَ؛ لأنّ الحبْسَ وجَبَ عليهم تَعْزيرًا لا حَدًّا، والتّعزيرُ لا تدخلُ فيه الجِراحةُ، بخلافِ ما إذا قُدِرَ عليهم قبل التّوْبةِ، وقد قَتَلوا أو أخَذوا المالَ، أو جمَعوا بينَهما؛ لأنّ الواجبَ فيه الحدُّ فيدخلُ فيه الجِراحةُ، وكذلك إذا سَقَطَ الحدُّ بالرُّجوعِ عن الإقرارِ؛ لأنّ الرُّجوعَ عن الإقرارِ يصحُّ في حَقِّ سُقوطِ الحدِّ، ولا [٣] يصحُّ في حَقِّ ضمانِ المالِ [٢/ ٣٠٤ب] والقِصاصِ فبقِيَ إقرارُه مُعْتَبَرًا في حَقِّهما.

---

(١) في المخطوط: «إلى».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «إما لا».

(وأمّا) إذا كان السُّقوطُ بتكْذيبِ الحُجّةِ من الإقرارِ أو البيِّنةِ لا شيءَ عليهم؛ لأنّ سببَ الوُجوبِ لم يَثْبُتْ؛ لأنّ ثُبوتَه بالحُجّةِ وقد بَطَلَتْ أصلاً، ورأسًا، بخلافِ الرُّجوعِ عن الإقرارِ؛ لأنّ الأصلَ أنّ إقرارَ المُقِرِّ حُجّةٌ في حَقِّه إلاّ أنّه تَعَذَّرَ اعتِبارُه بعدَ الرُّجوعِ في حَقِّ الحدِّ درْءًا للحَدِّ بالشُّبْهةِ فبَقِيَ مُعْتَبَرًا في حَقِّ ضمانِ المالِ والقِصاصِ فهو الفرْقُ.

وعلى هذا حُكْمُ عَدَمِ الوُجوبِ لِمانِعٍ بأنْ فاتَ شرطٌ من شرائطِ وُجوبِ الحدِّ نحوَ نُقْصانِ النِّصابِ بأنْ كان المَأخوذُ من المالِ لا يُصيبُ كُلَّ واحدٍ منهم عشرةُ دراهمَ أنّهم يَرُدّونَه إنْ كان قائمًا، ويضمنونَ إنْ كان هالِكًا أو مُسْتَهْلَكًا، ومَنْ قَتَلَ منهم فإنْ كان بسِلاحٍ فعليه القِصاصُ، وإنْ كان بعَصًا أو حَجَرٍ فعلى عاقِلَتِه الدّيةُ.

ومَنْ جَرَحَ يُقْتَصُّ منه فيما يُمْكِنُ القِصاصُ، وفيما لا يُمْكِنُ يجبُ الأرشُ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الحدَّ إذا امتَنَعَ وُجوبُه فقد حَصَلَ الأخْذُ والقَتْلُ والجِراحةُ من غيرِ قُطّاعِ الطَّريقِ، وحُكْمُها في غيرِ قُطّاعِ [1] الطَّريقِ ما قُلْنا.

وكذلك إذا كان في المُحارِبينَ صَبيٌّ أو مجنونٌ حتّى امتَنَعَ وُجوبُ الحدِّ يُدْفَعُ كُلُّ بالِغٍ عاقِلٍ قَتَلَ منهم بسِلاحٍ إلى الأولياءِ فيَقْتُلونَ أو يَعْفونَ، وإنْ كان الذي وليَ القَتْلَ منهم صَبيٌّ أو مجنونٌ فعلى عاقِلَتِه الدّيةُ، وإنْ قَتَلَ بسِلاحٍ؛ لأنّ الصّبيَّ والمجنونَ ليسا من أهلِ وُجوبِ القِصاصِ عليهما، فكان عَمْدُهما خطَأً، وإنْ كانا أخَذا المالَ ضَمِنا؛ لأنّهما من أهلِ وُجوبِ ضمانِ المالِ، وكذلك إذا امتَنَعَ وُجوبُ الحدِّ على القُطّاعِ لِمعنًى من المَعاني رَجَعوا في ذلك إلى حُكْمِ غيرِ القُطّاعِ، واللّٰه تعالى أعلم

فصل [في الحكم الذي يتعلق بالمال]

وأمّا الحُكْمُ الذي يتعَلَّقُ بالمالِ فهو وُجوبُ الرَّدِّ إنْ كان قائمًا بعَيْنِه، ولِصاحبِه أنْ يأخذَه أينَما وجَدَه سواءٌ وجَدَه في يَدِ المُحارِبِ، أو في يَدِ مَنْ مَلَّكَه المُحارِبُ ببيعٍ أو هبةٍ، أو غيرِ ذلك ولو تَغيَّرَ المالُ إلى الزّيادةِ أو النُّقْصانِ فقد ذَكَرْنا حُكْمَه في كتابِ السّرقةِ، واللّٰه تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) في المخطوط: «قطع».



كتاب السير



كتاب السير

وقد يُسَمَّى كتابَ الجِهادِ، والكَلامُ في هذا الكتابِ في مَواضِعَ:

في بيانِ معنى السّيَرِ والجِهادِ لُغةً وشرْعًا.

وفي بيانِ كيْفيّةِ [فرضية] (١) الجِهادِ.

وفي بيانِ مَنْ يُفْتَرَضُ عليه الجِهادُ.

وفي بيانِ ما يَنْدُبُ إليه الإمامُ عند بعثِ الجيْشِ أو السَّريّةِ إلى الجِهادِ.

وفي بيانِ ما يجبُ على الغُزاةِ الافتِتاحُ به حالَ شُهودِ الوقعةِ.

وفي بيانِ مَنْ يَحِلُّ قَتْلُه من الكَفَرةِ ومَنْ لا يَحِلُّ.

وفي بيانِ مَنْ يجوزُ تَرْكُه مِمَّنْ لا يَحِلُّ قَتْلُه في دارِ الحربِ ومَنْ لا يجوزُ.

وفي بيانِ ما يُكْرَه حَمْلُه إلى دارِ الحربِ، وما لا يُكْرَه.

وفي بيانِ ما يَعْتَرِضُ من الأسبابِ المُحَرِّمةِ للقِتالِ.

وفي بيانِ حُكْمِ الغنائمِ وما يَتَّصِلُ بها.

وفي بيانِ حُكْمِ استيلاءِ الكَفَرةِ على أموالِ المسلمينَ.

وفي بيانِ أحكامٍ تختَلِفُ باختلافِ الدّارَيْنِ.

وفي بيانِ أحكامِ المُرْتَدّينَ.

وفي بيانِ أحكامِ الغُزاةِ.

(أمّا) الأوّلُ: فالسّيَرُ جمْعُ سيرةٍ، والسّيرةُ في اللُّغةِ تُسْتَعْمَلُ في معنَيَيْنِ:

أحدُهما: الطَّريقةُ، يُقالُ: هما على سيرةٍ واحدةٍ أي طريقةٍ واحدةٍ.

والثّاني: الهَيْئةُ، قال اللَّه - سبحانه وتعالى -: ﴿سَنُعِيدُهَا سِيرَتَهَا ٱلْأُولَىٰ﴾ [طه:٢١] [٤/ ١٧أ] أي هَيْئَتَها فاحتَمَلَ تسميةُ هذا الكتابِ كتابَ (٢) السّيَرِ لِما فيه من بيانِ طُرُقِ الغُزاةِ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «بكتاب».

وهَيْئاتِهم مِمّا لهم وعليهم.

وأمّا الجِهادُ في اللُّغةِ فعِبارةٌ عن بَذْلِ الجُهْدِ بالضَّمِّ وهو الوُسْعُ والطّاقةُ، أو عن المُبالَغةِ في العَمَلِ من الجهْدِ بالفتْحِ، وفي عُرْفِ الشّرعِ يُسْتَعْمَلُ في بَذْلِ الوُسْعِ والطّاقةِ بالقِتالِ في سَبيلِ اللَّه - عزّ وجلّ - بالنّفسِ (والمالِ و) [١] اللِّسانِ، أو غيرِ ذلك، أو المُبالَغةِ في ذلك واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في بيان كيفية فرض الجهاد]

وأمّا بيانُ كيْفيّةِ فرْضيّةِ الجِهادِ، فالأمرُ فيه لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ، إمّا أنْ كان [٢] النّفيرُ عامًّا (وإمّا) أنْ لم يكنْ فإنْ لم يكنِ النّفيرُ عامًّا فهو فرْضُ كِفايةٍ، ومعناه: أنْ [٣] يُفْترَضَ على جميعِ مَنْ هو من أهلِ الجِهادِ، لكنْ إذا قام به البعضُ سَقَطَ عن الباقينَ؛ لِقولِه - عزّ وجلّ -: ﴿فَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ دَرَجَةً ۚ وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ﴾ [النساء:٩٥] وعَدَ اللَّه - عزّ وجلّ - المُجاهدينَ والقاعِدينَ الحُسْنَى ولو كان الجِهادُ فرْضَ عَيْنٍ في الأحوالِ كُلِّها لَما وعَدَ القاعِدينَ [٤] الحُسْنَى؛ لأنّ القُعودَ يكونُ حرامًا.

وقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ﴾ [التوبة:١٢٢] الآيةَ ولأنّ ما فُرِضَ له الجِهادُ وهو الدَّعْوةُ إلى الإسلامِ، وإعلاءُ الدّينِ الحقِّ، ودَفْعُ شرِّ الكَفَرةِ وقَهْرِهم، يحصُلُ بقيامِ البعضِ به. وكذا النّبيُّ ﷺ كان يَبْعَثُ السَّرايا.

ولو كان فرْضَ عَيْنٍ في الأحوالِ كُلِّها لكان لا يُتَوَهَّمُ منه القُعودُ عنه في حالٍ، ولا أَذِنَ غيرَه بالتّخلُّفِ عنه بحالٍ، وإذا كان فرْضًا على الكِفايةِ فلا يَنْبَغي للإمام أنْ يُخَلّيَ ثَغْرًا من الثُّغورِ من جماعةٍ من الغُزاةِ فيهم غِنًى وكِفايةٌ لِقِتالِ العدوِّ، فإذا قاموا به يَسْقُطُ عن الباقينَ.

وإنْ ضَعُفَ أهلُ ثَغْرٍ [٥] عن مُقاوَمةِ الكَفَرةِ، وخيفَ عليهم من العدوِّ فعلى مَنْ وراءهم من المسلمينَ الأقرَبِ فالأقرَبِ أنْ يَنْفِروا إليهم، وأنْ يَمُدّوهم بالسِّلاحِ والكُراعِ

---

(١) في المخطوط: «أو المال أو».
(٢) في المخطوط: «يكون».
(٣) في المخطوط: «أنه».
(٤) في المخطوط: «القاعد».
(٥) في المخطوط: «الثغر».

و [١]المالِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّه فُرِضَ على النّاس كُلِّهم مِمَّنْ هو من أهلِ الجِهادِ، لكنّ الفرْضَ يَسْقُطُ عنهم بحُصولِ الكِفايةِ بالبعضِ، فما لم يحصُلْ لا يَسْقُطُ ولا يُباحُ للعبدِ أنْ يخرُجَ إلاّ بإذنِ مولاه، ولا المرأةُ إلاّ بإذنِ زوجِها؛ لأنّ خِدْمةَ المولى، والقيامَ بحُقوقِ الزَّوْجيّةِ كُلُّ ذلك فرْضُ عَيْنٍ فكان مُقَدَّمًا على فرْضِ الكِفايةِ.

وكذا الولدُ لا يخرُجُ إلاّ بإذنِ والِدَيْه أو أحدِهما إذا كان الآخرُ مَيِّتًا؛ لأنّ [٢] برَّ الوالِدَيْنِ فرْضُ عَيْنٍ فكان مُقَدَّمًا على فرْضِ الكِفايةِ.

والأصلُ أنّ كُلَّ سفَرٍ لا يُؤمَنُ فيه الهَلاكُ، ويَشتدُّ فيه الخطَرُ لا يَحِلُّ للولدِ أنْ يخرُجَ إليه بغيرِ إذنِ والِديه؛ لأنّهما يُشْفِقانِ على ولَدِهما فيتضرَّرانِ بذلك، وكُلُّ سفَرٍ لا يَشتدُّ فيه الخطَرُ يَحِلُّ له أنْ يخرُجَ إليه بغيرِ إذنِهما إذا لم يُضَيِّعْهما؛ لانعِدامِ الضَّرَرِ.

ومن مَشايِخِنا مَنْ رَخَّصَ في سفَرِ التّعَلُّم بغيرِ إذنِهما؛ لأنّهما لا يتضرَّرانِ بذلك بل يَنْتَفِعانِ به، فلا يَلْحَقُه سِمةُ العُقوقِ، هذا إذا لم يكنِ النّفيرُ عامًّا، فأمّا إذا عَمَّ النّفيرُ بأنْ هَجمَ العدوُّ على بَلَدٍ، فهو فرْضُ عَيْنٍ يُفْتَرَضُ على كُلِّ واحدٍ من آحادِ المسلمينَ [٣] مِمَّنْ هو قادِرٌ عليه؛ لِقولِه سبحانه وتعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة:٤١] قيلَ: نَزَلَتْ في النّفيرِ [العام] [٤]. وقولِه سبحانه وتعالى: ﴿مَا كَانَ لِأَهْلِ ٱلْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُم مِّنَ ٱلْأَعْرَابِ أَن يَتَخَلَّفُواْ عَن رَّسُولِ ٱللَّهِ وَلَا يَرْغَبُواْ بِأَنفُسِهِمْ عَن نَّفْسِهِۦ﴾ [التوبة:١٢٠] ولأنّ الوُجوبَ على الكُلِّ قبل عُمومِ النّفيرِ ثابتٌ؛ لأنّ [٥] السُّقوطَ عن الباقينَ بقيامِ البعضِ به، فإذا عَمَّ النّفيرُ لا يتحَقَّقُ القيامُ به إلاّ بالكُلِّ، فبَقِيَ فرْضًا على الكُلِّ عَيْنًا بمنزلةِ الصّوْمِ والصّلاةِ، فيخرُجُ العبدُ بغيرِ إذنِ مولاه، والمرأةُ بغيرِ إذنِ زوجِها؛ لأنّ مَنافعَ العبدِ والمرأةِ [٦] في حَقِّ العِباداتِ المَفْروضةِ عَيْنًا مُسْتَثْناةٌ عن مِلْكِ المولى والزّوْجِ شرْعًا، كما في الصّوْمِ والصّلاةِ، وكذا يُباحُ للولدِ أنْ يخرُجَ بغيرِ إذنِ والِدَيْه؛ لأنّ حَقَّ الوالِدَيْنِ لا يَظْهَرُ في فروضِ الأعيانِ كالصّوْمِ والصّلاةِ، واللّهُ - تعالى - أعلمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «أو».
(٢) في المخطوط: «فكان».
(٣) في المخطوط: «الناس».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «إلا أن».
(٦) في المخطوط: «والزوجة».

فصل [في بيان من يفترض عليه]

وأمّا بيانُ مَنْ يُفْتَرَضُ عليه فنقولُ: إنّه لا يُفْتَرَضُ إلاّ على القادِرِ عليه فمَنْ لا قُدْرةَ له لا جِهادَ عليه؛ لأنّ الجِهادَ بَذْلُ الجُهْدِ، وهو الوُسْعُ والطّاقةُ بالقِتالِ، أو المُبالَغةُ في عملِ القِتالِ، ومَنْ لا وُسْعَ له كيْفَ يَبْذُلُ [(١)] الوُسْعَ [٤/ ١٧ب] والعمَلَ، فلا يُفْرَضُ [(٢)] على الأعمَى والأعرَجِ، والزَّمِنِ والمُقْعَدِ، والشّيخِ الهَرِمِ، والمَريضِ والضَّعيفِ، والذي لا يجِدُ ما يُنْفِقُ، قال اللَّه - سبحانه وتعالى -: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾ [النور: ٦١] الآيةَ وقال - سبحانه وتعالى عَزَّ من قائلٍ -: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُواْ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [التوبة: ٩١] فقد عَذَرَ اللَّه - جَلَّ شأنُه - هَؤُلاءِ بالتّخلُّفِ عن الجِهادِ ورفع الحرَجَ عنهم.

ولا جِهادَ على الصّبيِّ والمرأةِ؛ لأنّ بنيتهما لا تحتمِلُ الحربَ عادةً، وعلى هذا الغُزاةُ إذا جاءَهم جمْعٌ من المُشْرِكينَ ما لا طاقةَ لهم به، وخافوهم [(٣)] أنْ يَقْتُلوهم، فلا بَأسَ لهم أنْ يَنْحازوا إلى بعضِ أمصارِ المسلمينَ أو إلى بعضِ جُيوشِهم، والحُكْمُ في هذا البابِ لِغالِبِ الرّأيِ، وأكبرِ الظَّنِّ دونَ العدَدِ.

فإنْ غَلَبَ على ظَنِّ الغُزاةِ أنّهم يُقاوِمونَهم يَلْزَمُهم الثّباتُ، وإنْ كانوا أقلَّ عَدَدًا منهم، وإنْ كان غالِبُ ظَنِّهم أنهم يَغْلِبونَ فلا بَأسَ أنْ يَنْحازوا إلى المسلمينَ؛ لِيَسْتَعينوا بهم، وإنْ كانوا أكثرَ عَدَدًا من الكَفَرةِ، وكذا الواحدُ من الغُزاةِ ليس معه سِلاحٌ مع اثنينِ منهم معهما سِلاحٌ، أو مع واحدٍ منهم من الكفَرةِ ومعه سِلاحٌ، لا بَأسَ أنْ يوَلّيَ دُبُرَه مُتَحَيِّزًا إلى فِئةٍ.

والأصلُ فيه: قولُه - تَبارَكَ وتعالى -: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ﴾ [الأنفال: ١٦] اللَّه - عَزَّ شأنُه - نَهى المُؤمِنينَ عن تَوْليةِ الأدْبارِ عامًّا بقولِه - تَبارَكَ وتعالى -: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ زَحْفًا فَلَا تُوَلُّوهُمُ ٱلْأَدْبَارَ﴾ [الأنفال: ١٥] وأوعَدَ عليهم [(٤)] بقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ

---

(١) في المخطوط: «يكلف ببذل».
(٢) في المخطوط: «يفترض».
(٣) في المخطوط: «وخافوا».
(٤) في المخطوط: «عليه».

بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال:١٦] الآيةَ؛ لأنّ في الكَلامِ تقديمًا وتأخيرًا.

معناه واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ: [﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ زَحْفًا فَلَا تُوَلُّوهُمُ ٱلْأَدْبَارَ] (١) وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال:١٥-١٦] ثُمّ استَثْنَى - سبحانه وتعالى - ومَنْ يوَلّي دُبُرَه لِجهةٍ مَخْصوصةٍ فقال - عزَّ من قائلٍ -: ﴿إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ﴾ [الأنفال:١٦] والاستِثْناءُ من الحظْرِ إباحةٌ، فكان المَحْظورُ تَوْليةً مَخْصوصةً، وهي أنْ يوَلّيَ دُبُرَه غيرَ مُتحَرِّفٍ لِقِتالٍ، ولا مُتَحَيِّزٍ (٢) إلى فِئةٍ فبَقيَتِ التّوْليةُ (إلى جِهةِ) (٣) التّحَرُّفِ والتّحَيُّزِ مُسْتَثْناةً من الحظْرِ، فلا تكونُ مَحْظورةً، ونَظيرُ هذه الآيةِ قولُه - سبحانه وتعالى -: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل:١٠٦] أنّه على التّقْديمِ والتّأخيرِ على ما نذكرُه (٤) في كتابِ الإكْراه [إنْ شاء اللَّه - تعالى -] (٥) وبِه تبَيَّنَ أنّ الآيةَ الشّريفةَ غيرُ مَنْسوخةٍ.

وكذا قولُه - سبحانه وتعالى -: ﴿إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُواْ مِاْئَتَيْنِ﴾ [الأنفال:٦٥] وقولُه: ﴿وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ يَغْلِبُوٓاْ أَلْفًا﴾ [الأنفال:٦٥] ليس بمنسوخٍ؛ لأنّ التّوْليةَ لِلتَّحَيُّزِ إلى فِئةٍ خَصَّ (٦) فيها، فلم تكُنِ الآيَتانِ مَنْسوخَتَيْنِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

والدّليلُ عليه: قولُه ﷺ لِلَّذِينَ فرُّوا إلى المَدِينةِ وهُوَ فِيهَا: «**أنْتم الكَرّارُون، أنا فِئةُ كلِّ مسلم**» (٧) أخْبَرَ عليه الصلاة والسلام أنّ المُتحَيِّزَ إلى فِئةٍ كرّارٌ وليس بفَرّارٍ من الزَّحْفِ، فلا يَلْحَقُه الوعيدُ.

وعلى هذا إذا كانت الغُزاةُ في سفينةٍ فاحتَرَقَتِ السَّفينةُ وخافوا الغرَقَ (٨)، حَكَّموا فيه غالِبَ رأيِهم، وأكبَرَ ظَنِّهم، فإنْ غَلَبَ على رأيِهم أنّهم لو طَرَحوا أنْفُسَهم في البحْرِ لِيَنْجوا

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «متحيزًا».
(٣) في المخطوط: «لا لجهة».
(٤) في المخطوط: «ذكرنا».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «مرخص».
(٧) أخرجه البيهقي في الشعب (٤/ ٥١)، برقم (٤٣١١) من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، وأخرج أحمد في مسنده شطر الحديث الثاني، برقم (٥٧١٠) من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما.
(٨) في المخطوط: «الحرق».

بالسِّباحةِ، وجَبَ عليهم الطُّرُقُ [(١)] لِيَسْبَحوا فيتحَيَّزوا إلى فِئةٍ، وإنِ استوى جانِبا الحرقِ والغرَقِ، بأنْ كان إذا قاموا حُرِّقوا، وإذا [(٢)] طَرَحوا غَرِقوا، فلَهم الخيارُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ - رحمهما الله - وقال محمّدٌ - رحمه الله: لا يجوزُ لهم أنْ يَطْرَحوا أنْفُسَهم في الماءِ.

(وجه) قولِه أنّهم لو ألقَوْا أنْفُسَهم في الماءِ لهَلَكوا، ولو أقاموا في السَّفينةِ لهَلَكوا أيضًا، إلاّ أنّهم لو طَرَحوا لهَلَكوا بفعلِ أنْفُسِهم، ولو صَبَروا لهَلَكوا بفعلِ العدوِّ، فكان الصّبْرُ أقرَبَ إلى الجِهادِ، فكان أولى.

(وجه) قولِهما: أنّه استوى الجانِبانِ في الإفْضاءِ إلى الهَلاكِ، فيَثْبُتُ لهم الخيارُ؛ لِجوازِ أنْ يكونَ الهَلاكُ بالغرَقِ أرفَقَ.

قولُه: لو أقاموا لهَلَكوا بفعلِ العدوِّ قُلْنا ولو طَرَحوا لهَلَكوا بفعلِ العدوِّ أيضًا، إذِ العدوُّ هو الذي ألجَأهم إليه، فكان الهَلاكُ في الحالينِ مُضافًا إلى فعلِ العدوِّ، ثُمّ قد يكونُ الهَلاكُ بالغرَقِ أسهَلَ فيَثْبُتُ لهم الخيارُ.

ولو طُعِنَ مسلمٌ برُمْحٍ فلا بَأسَ بأنْ يَمْشيَ إلى مَنْ طَعَنَه من الكَفَرةِ حتّى يُجْهِزَه؛ لأنّه يَقْصِدُ بالمشيِ إليه بَذْلَ نفسِه؛ لإعزازِ دينِ اللّه - سبحانه وتعالى - وتَحْريضَ المُؤمِنينَ على أنْ لا يَبْخَلوا بأنْفُسِهم [٤/ ١٨أ] في قِتالِ أعداءِ اللّه - سبحانه وتعالى - فكان جائزًا واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ -.

فصل [في بيان ما يندب إليه الإمام عند بعث الجيش]

وأمّا بيانُ ما يُنْدَبُ إليه الإمامُ عند بعثِ الجيْشِ أو السَّريّةِ إلى الجِهادِ، فنقولُ - وباللّه التّوْفيقُ: إنّه يُنْدَبُ إلى أشياءَ.

منها: أنْ يُؤَمِّرَ عليهم أميرًا؛ لأنّ النّبيَّ ﷺ ما بَعَثَ جَيْشًا إلاّ وأمَّرَ عليهم أميرًا، ولأنّ الحاجةَ إلى الأميرِ ماسةٌ؛ لأنّه لا بُدَّ من تَنْفيذِ الأحكامِ وسياسةِ الرَّعيّةِ، ولا يقومُ ذلك إلاّ بالأميرِ لِتَعَذُّرِ الرُّجوعِ في كُلِّ حادِثةٍ إلى الإمامِ.

(ومنها) أنْ يكونَ الذي يُؤَمَّرُ عليهم عالِمًا بالحلالِ والحرامِ، عَدْلاً عارِفًا بوُجوه

(١) في المخطوط: «الطرح».
(٢) في المخطوط: «وإن».

السّياساتِ، بَصيرًا بتَدابيرِ الحُروبِ وأسبابِها؛ لأنّه لو لم يكنْ بهذه الصِّفةِ لا يحصُلُ ما يُنْصَبُ له الأميرُ.

(ومنها) أنْ يوصيَه بتقوَى اللَّه - عَزَّ شَأْنُه - في خاصّةِ نفسِه، وبِمَنْ معه من المُؤمِنينَ خَيْرًا، كذا رويَ عن [(١)] رسولِ اللَّه ﷺ [أنّه] [(٢)] كان إذا بَعثَ جَيْشًا أوصاه بتقوَى اللَّه - سبحانه وتعالى - في نفسِه خاصّةً وبِمَنْ معه من المُؤمِنينَ خَيْرًا [(٣)]؛ ولأنّ الإمارةَ أمانةٌ عَظيمةٌ فلا يقومُ بها إلاّ المُتّقي وإذا أمَّرَ عليهم يُكَلِّفُهم طاعةَ الأميرِ فيما يأمُرُهم به، ويَنْهاهم عنه؛ لِقولِ اللَّه - تبارَك وتعالى -: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ﴾ [النساء:٥٩] وقالَ ﷺ «اسمَعُوا وأطِيعُوا، ولو أُمِّرَ عليكُمْ عبدٌ حَبَشِيٌّ أجْدَعُ [(٤)] ما حَكَمَ فِيكُمْ بكِتَابِ اللّهِ تَعَالَى» [(٥)]. ولأنّه نائبُ الإمامِ، وطاعةُ الإمامِ لازِمةٌ كذا طاعَتُه؛ لأنّها طاعةُ الإمامِ، إلاّ أنْ يأمُرَهم بمعصيةٍ فلا تجوزُ طاعَتُهم إيّاه فيها؛ لِقولِه ﷺ: «لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيةِ الخالقِ» [(٦)] ولو أمَرَهم بشيءٍ لا يَدْرون أيَنْتَفِعونَ به أم لا، فيَنْبَغي لهم أنْ يُطيعوه فيه إذا لم يَعْلَموا كونَه معصيةً؛ لأنّ اتِّباع الإمامِ في مَحَلِّ الاجتِهادِ واجبٌ، كاتِّباعِ القُضاةِ في مَواضِعِ الاجتِهادِ واللَّه تعالى - عَزَّ شَأْنُه - أعلَمُ.

فصل [في بيان ما يجب على الغزاة]

وأمّا بيانُ ما يجِبُ على الغُزاةِ الافتِتاحُ به حالةَ [(٧)] الوقعةِ ولِقاءِ [(٨)] العدوِّ، فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقُ: إنّ الأمرَ فيه لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ:

---

(١) في المخطوط: «أن». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: تأمير الإمام الأمراء على البعوث، برقم (١٧٣١)، وأبو داود، برقم (٢٦١٢)، والترمذي، برقم (١٤٠٨)، وابن ماجه، برقم (٢٨٥٨)، من حديث بريدة الأسلمي رضي‌الله عنه.

(٤) في المخطوط: «أجذع».

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب: السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، برقم (٧١٤٢)، [وطرفه: ٦٩٣]، وابن ماجه، برقم (٢٨٦٠) من حديث أنس بن مالك رضي‌الله عنه.

(٦) أخرجه مسلم بنحوه، كتاب الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية...، برقم (١٨٤٠)، وأبو داود، برقم (٢٦٢٥)، والنسائي، برقم (٤٢٠٥)، وأحمد، برقم (٧٢٦)، من حديث علي بن أبي طالب رضي‌الله عنه.

(٧) في المخطوط: «حال». (٨) في المخطوط: «وأما».

إمّا أنْ كانت الدَّعْوةُ قد بَلَغَتْهم، وإمّا أنْ كانت لم تَبْلُغْهم، فإنْ كانت الدَّعْوةُ لم تَبْلُغْهم فعليهم الافتِتاحُ بالدَّعْوةِ إلى الإسلامِ باللِّسانِ؛ لِقولِ اللَّه - تَبارَك وتعالى -: ﴿ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ ۖ وَجَٰدِلْهُم بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [النحل:١٢٥] ولا يجوزُ لهم القِتالُ قبل الدَّعْوةِ؛ لأنّ الإيمانَ وإنْ وجَبَ عليهم قبل بُلوغِ الدَّعْوةِ بمُجَرَّدِ العقلِ فاستَحقّوا القَتْلَ بالامتناعِ، لكنّ اللَّهَ - تَبارَك وتعالى - حَرَّمَ قِتالَهم قبل بعثِ الرَّسولِ عليه الصلاة والسلام وبُلوغِ الدَّعْوةِ إيّاهم فضْلاً منه ومِنّةً قَطْعًا لِمعذِرَتِهم بالكُلّيّةِ وإنْ كان لا عُذْرَ لهم في الحقيقةِ؛ لِما أقام - سبحانه وتعالى - من الدَّلائلِ العقليّةِ التي [لو] (١) تأمَّلوها حَقَّ التأمُّلِ، ونَظَروا فيها لَعَرَفوا حَقَّ اللَّه - تَبارَك وتعالى - عليهم، لكنْ تَفَضَّلَ عليهم بإرْسالِ الرُّسُلِ - صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين؛ لِئَلّا يَبْقَى لهم شُبْهةُ عُذْرٍ: فيقولوا (٢) ﴿رَبَّنَا لَوْلَآ أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ ءَايَٰتِكَ﴾ [طه:١٣٤]. وإنْ لم يكنْ لهم أنْ يقولوا ذلك في الحقيقةِ لِما بَيَّنّا، ولأنّ القِتالَ ما فُرِضَ لِعَيْنِه بل لِلدَّعْوةِ إلى الإسلامِ، والدَّعْوةُ دعوَتانِ: دعوةٌ بالبنانِ، وهي القِتالُ ودعوةٌ بالبيانِ، وهو اللِّسانُ، وذلك بالتَّبْليغِ والثّانيةُ أهونُ من الأولى؛ لأنّ في القِتالِ مُخاطَرةَ الرّوحِ والنَّفسِ والمالِ، وليس في دعوةِ التَّبْليغِ شيءٌ من ذلك، فإذا احتَمَلَ حُصولُ المقصودِ بأهونِ الدَّعْوَتَيْنِ لَزِمَ الافتِتاحُ بها.

هذا إذا كانت الدَّعْوةُ لم تَبْلُغْهم، فإنْ كانت قد بَلَغَتْهم جاز لهم أنْ يَفْتَتِحوا القِتالَ من غيرِ تجديدِ الدَّعْوةِ؛ لِما بَيَّنّا أنّ الحُجّةَ لازمةٌ، والعُذْرُ في الحقيقةِ مُنْقَطِعٌ، وشُبْهةُ العُذْرِ انقَطَعَتْ بالتَّبْليغِ مَرّةً، لكنْ مع هذا الأفضَلُ أنْ لا يَفْتَتِحوا القِتالَ إلاّ بعدَ تجديدِ الدَّعْوةِ لِرَجاءِ الإجابةِ في الجُمْلةِ.

وقد رويَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ لم يكنْ يُقاتِلُ الكَفَرةَ حتّى يَدْعوهم إلى الإسلامِ فيما كان دَعاهم غيرَ مَرّةٍ دَلَّ أنّ الافتِتاحَ بتجديدِ الدَّعْوةِ أفضَلُ، ثُمّ إذا دَعَوْهم إلى الإسلامِ فإنْ أسلَموا كفّوا عنهم القِتالَ؛ لِقولِه ﷺ: **«أُمِرْتُ أنْ أُقاتِلَ النّاسَ حتّى يَقولوا لا إلَهَ إلّا اللَّه، فإذَا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنّي دِمَاءَهم وأموَالَهم إلّا بحَقِّهَا»** (٣).

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «فلا يقولا».

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب: دعاء النبيﷺ الناس...، برقم (٢٩٤٦)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلاالله، برقم (٢١)، من حديث أبي هريرة رضي‌الله عنه.

وقولِه ﷺ: «مَنْ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّه فقد عَصَمَ [مِنِّي] [١] دَمَه ومَالَه» [٢]، فإنْ أبَوْا الإجابة إلى الإسلام دَعَوْهم إلى الذِّمّةِ، إلاّ مُشْرِكي العربِ والمُرْتَدِّينَ لِما نذكرُه إنْ شاء اللَّه - تعالى - بعدُ فإنْ أجابوا كفّوا عنهم؛ لِقولِه عليه ﷺ: «فَإِنْ قَبِلُوا عقدَ الذِّمّةِ فأعلِمْهم أنّ لهم مَا للمسلِمينَ، وعليهم مَا على المسلِمينَ» [٣].

وإنْ أبَوْا، استَعانوا باللَّه - سبحانه وتعالى - على قِتالِهم، ووَثَّقوا بعَهْدِ اللَّه - سبحانه وتعالى - النّصْرَ لهم بعدَ أنْ بَذَلوا جُهْدَهم، واستفرَغوا وُسْعَهم، وثَبَتوا وأطاعوا اللَّهَ - سبحانه وتعالى - ورسوله ﷺ وذَكَروا اللَّهَ تعالى كثيرًا على ما قال - تبارَكَ وتعالى -: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَٱثْبُتُواْ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝٤٥ وَأَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَلَا تَنَـٰزَعُواْ فَتَفْشَلُواْ وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَٱصْبِرُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلصَّـٰبِرِينَ﴾ [الأنفال: ٤٥-٤٦] ولهم أنْ يُقاتلوهم وإنْ لم يَبْدَءوا بالدَّعْوةِ [٤]؛ لِقولِ اللَّه - تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وسواءٌ كان في الأشهُرِ الحُرُمِ أو في غيرِها؛ لأنّ حُرْمةَ القِتالِ في الأشهُرِ الحُرُمِ صارتْ مَنسوخةً بآيةِ السَّيْفِ، وغيرِها من آياتِ القِتالِ، ولا بَأسَ بالإغارةِ والبياتِ عليهم، ولا بَأسَ بقَطْعِ أشجارِهم المُثْمِرةِ، وغيرِ المُثْمِرةِ، وإفْسادِ زُروعِهم؛ لِقولِه - تبارَكَ وتعالى -: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ وَلِيُخْزِىَ ٱلْفَـٰسِقِينَ﴾ [الحشر: ٥].

أذِنَ - سبحانه وتعالى - بقَطْعِ النّخيلِ في صَدْرِ الآيةِ الشَّريفةِ، ونَبَّهَ في آخِرِها أنّ ذلك يكونُ كبْتًا وغَيْظًا للعَدوِّ بقولِه - تبارَكَ وتعالى: ﴿وَلِيُخْزِىَ ٱلْفَـٰسِقِينَ﴾ [الحشر: ٥] ولا بَأسَ بإحراقِ حُصونِهم بالنّارِ، وإغْراقِها بالماءِ، وتخريبِها وهَدْمِها عليهم، ونَصْبِ المَنْجَنيقِ عليها؛ لِقولِه - تبارَكَ وتعالى: ﴿يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الحشر: ٢] ولأنّ كُلَّ ذلك من بابِ القِتالِ؛ لِما فيه من قَهْرِ العدوِّ وكَبْتِهم وغَيْظِهم، ولأنّ حُرْمةَ الأموالِ لِحُرْمةِ أربابِها، ولا حُرْمةَ لأنفُسِهم حتّى يُقْتَلونَ، فكيفَ لأموالِهم؟ ولا بَأسَ برَمْيِهم بالنِّبالِ، وإنْ عَلِموا أنّ فيهم مسلمينَ من الأسارَى والتُّجّارِ لِما فيه من الضَّرورةِ، إذْ حُصونُ الكَفَرةِ قَلّما

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) انظر ما قبله.
(٣) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٥٥).
(٤) في المخطوط: «بالقتال».

تخلو من مسلمٍ أسيرٍ أو تاجرٍ فاعتِبارُه يُؤَدّي إلى انسِدادِ بابِ الجِهادِ، ولكنْ يَقْصِدونِ بذلك الكَفَرةَ دونَ المسلمينَ؛ لأنّه لا ضرورةَ في القَصْدِ إلى قَتْلِ مسلمٍ بغيرِ حَقٍّ.

وكذا إذا تَتَرَّسوا بأطْفالِ المسلمينَ فلا [١] بَأسَ بالرَّمْيِ إليهم؛ لِضرورةِ إقامةِ الفرْضِ، لكنّهم يَقْصِدونَ الكُفّارَ دونَ الأطْفالِ، فإنْ رَموهم فأصابَ مسلمًا فلا ديةَ ولا كفّارةَ.

وقال الحسنُ بنُ زيادٍ - رحمه الله: تجِبُ الدّيةُ، والكَفّارةُ وهو أحدُ قولَيِ الشّافعيِّ - رحمه الله.

(وجه) قولِ الحسنِ: أنّ دَمَ المسلمِ معصومٌ، فكان يَنْبَغي أنْ يُمْنَعَ من الرَّمْيِ، إلاّ أنّه لم يُمْنَعْ لِضرورةِ إقامةِ الفرْضِ فيتقَدَّرُ بقدرِ الضَّرورةِ، والضَّرورةُ في رَفْعِ المُؤاخَذةِ لا في نَفْيِ الضَّمانِ، كتَناوُلِ ماءِ [٢] الغيرِ حالةَ المَخْمَصةِ [٣] إنّه رَخَّصَ له التّناوُلَ لكنْ يجبُ [عليه] [٤] الضَّمانُ لِما ذَكَرنا، كذلك هاهنا.

(ولَنا) أنّه كما مَسَّتِ الضَّرورةُ إلى دَفْعِ المُؤاخَذةِ لإقامةِ فرْضِ القِتالِ، مَسَّتِ الضَّرورةُ إلى نَفْيِ الضَّمانِ أيضًا؛ لأنّ وُجوبَ الضَّمانِ يمنعُ من إقامةِ الفرْضِ؛ لأنّهم يَمْتَنِعونَ منه خَوْفًا من لُزومِ الضَّمانِ، وإيجابِ ما يمنعُ من إقامةِ الواجبِ مُتَناقِضٌ، وفَرْضُ القِتالِ لم يَسْقُطْ، دَلَّ أنّ الضَّمانَ ساقِطٌ بخلافِ حالةِ المَخْمَصةِ؛ لأنّ وُجوبَ الضَّمانِ هناك لا يمنعُ من التّناوُلِ؛ لأنّه لو لم يتناوَلْ لهَلَك، وكذا حَصَلَ له مثلُ ما يجبُ عليه، فلا (يمنعُ من) [٥] التّناوُلِ، فلا يُؤَدّي إلى التّناقُضِ.

ولا يَنْبَغي للمسلمينَ أنْ يَسْتَعينوا بالكُفّارِ على قِتالِ الكُفّارِ؛ لأنّه لا يُؤمَنُ غَدْرُهم، إذِ العداوةُ الدّينيّةُ تَحْمِلُهم عليه، إلاّ إذا اضْطُرّوا إليهم واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في بيان من يحل قتله ومن لا يحل]

وأمّا بيانُ مَنْ يَحِلُّ قَتْلُه من الكَفَرةِ ومَنْ لا يَحِلُّ، فنقولُ: الحالُ لا يخلو.

إمّا أنْ يكونَ حالَ القِتالِ، أو حالَ ما بعدَ الفراغِ من القِتالِ، وهي ما بعدَ الأخْذِ والأسرِ.

---

(١) في المخطوط: «ولا». (٢) في المخطوط: «مال».
(٣) المخمصة: المجاعة، خلو البطن من الطعام جوعًا، انظر: اللسان (٧/ ٣٠).
(٤) ليست في المخطوط. (٥) في المخطوط: «يمتنع عن».

أمّا حالَ القِتالِ: فلا يَحِلُّ فيها قَتْلُ امرأةٍ ولا صَبيٍّ، ولا شيخٍ فانٍ، ولا مُقْعَدٍ ولا يابِسِ الشِّقِّ، ولا أعمَى، ولا مقطوعِ اليَدِ والرِّجْلِ من خلافٍ، ولا مقطوعِ اليَدِ اليُمْنَى، ولا معتوهٍ، ولا راهبٍ في صَوْمَعةٍ، ولا سائحٍ في الجِبالِ لا يُخالطُ النّاسَ، و[لا] [١]قَوْمٍ في دارٍ أو كنيسةٍ تَرَهَّبوا وطَبَقَ عليهم البابُ.

أمّا المرأةُ والصبيُّ: فلِقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «لَا تَقْتُلُوا امرأةً [٤/ ١٩أ] ولَا ولِيدًا» [٢] ورُوِيَ أنّه عليه الصلاة والسلام رَأى فِي بعضِ غَزَوَاتِه امرأةً مقتولةً، فأنْكرَ ذلك وقَالَ عليه الصلاة والسلام: «هَاهْ، مَا أُرَاهَا قَاتَلَتْ، فلِمَ قُتِلَتْ؟» [٣] ونَهَى عن قَتْلِ النِّساءِ والصِّبْيانِ؛ ولأنّ هَؤُلاءِ ليسوا من أهلِ القِتالِ، فلا يُقْتَلونَ، ولو قاتَلَ واحدٌ منهم قُتِلَ.

وكذا لو حَرَّضَ على القِتالِ، أو دَلَّ على عَوْراتِ المسلمينَ، أو كان الكَفَرةُ يَنْتَفِعونَ برأيِه، أو كان مُطاعًا، وإنْ كان امرأةً أو صَغيرًا؛ لِوُجودِ القِتالِ من حيث المعنى.

وقد رويَ أنّ رَبيعةَ بنَ رَفيعٍ السُّلَميَّ رضي الله عنه أدْرَك دُرَيْدَ بنَ الصِّمّةِ يومَ حُنَيْنٍ، فقَتَلَه [وهو شيخٌ كبيرٌ كالقَفّةِ، لا يَنْفَعُ إلاّ برأيِه] [٤]، فبَلَغَ ذلك رسولَ اللّه ﷺ ولم يُنْكِرْ عليه.

والأصلُ فيه: أنّ كُلَّ مَنْ كان من أهلِ القِتالِ يَحِلُّ قَتْلُه، سواءٌ قاتَلَ أو لم يُقاتل، وكُلُّ مَنْ لم يكنْ من أهلِ القِتالِ لا يَحِلُّ قَتْلُه إلاّ إذا قاتَلَ حقيقةً أو معنًى بالرَّأيِ والطّاعةِ والتّحْريضِ، وأشباه ذلك على ما ذَكَرْنا، فيُقْتَلُ القِسّيسُ والسَّيّاحُ الذي يُخالطُ النّاسَ، والذي يُجَنُّ ويُفيقُ، والأصَمُّ والأخرس، وأقطَعُ اليَدِ اليُسْرَى، وأقطَعُ إحدى الرّجْلينِ، وإنْ لم يُقاتلوا؛ لأنّهم من أهلِ القِتالِ.

ولو قُتِلَ واحدٌ مِمَّنْ ذَكَرنا - أنّه لا يَحِلُّ قَتْلُه - فلا شيءَ فيه من ديةٍ ولا كفّارةٍ، إلاّ التّوْبةُ والاستِغْفارُ؛ لأنّ دَمَ الكافِرِ لا يتقَوّمُ إلاّ بالأمانِ ولم يوجدْ.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) أخرجه مالك، برقم (٩٨٢)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٨٩)، وعبد الرزاق في مصنفه (٥/ ١٩٩).

(٣) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب الجهاد والسير، باب: قتل النساء في الحرب، برقم (٣٠١٥)، [وطرفه: ٣٠١٤]، ومسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب، برقم (١٧٤٤).

(٤) ليست في المخطوط.

وأمّا حالَ ما بعدَ الفراغِ من القِتالِ: وهي ما بعدَ الأسرِ والأخْذِ، فكُلُّ (مَنْ لا يَحِلُّ قَتْلُه) [١] في حالِ القِتالِ لا يَحِلُّ قَتْلُه بعدَ الفراغ من القِتالِ، وكُلُّ مَنْ يَحِلُّ قَتْلُه في حالِ القِتالِ إذا قاتَلَ حقيقةً أو معنًى، يُباحُ قَتْلُه بعدَ الأخْذِ والأسرِ إلاّ الصّبيَّ، والمعتوهَ الذي لا يَعْقِلُ، فإنّه يُباحُ قَتْلُهما في حالِ القِتالِ إذا قاتَلا حقيقةً أو معنًى، ولا يُباحُ قَتْلُهما بعدَ الفراغِ من القِتالِ إذا أُسِرا، وإنْ قَتَلا جماعةً من المسلمينَ في القِتالِ؛ لأنّ القَتْلَ بعدَ الأسرِ بطريقِ العُقوبةِ، وهما ليسا من أهلِ العُقوبةِ.

فأمّا القَتْلُ في حالةِ [٢] القِتالِ فلِدَفْعِ شرِّ القِتالِ، وقد وُجِدَ الشَّرُّ منهما، فأُبيحَ قَتْلُهما لِدَفْعِ الشَّرِّ، وقد انعَدَمَ الشَّرُّ بالأسرِ، فكان القَتْلُ بعدَه بطريقِ العُقوبةِ، وهما ليسا من أهلِها، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ [٣].

ويُكْرَه للمسلمِ أنْ يَبْتَدِئَ أباه الكافِرَ الحربيَّ بالقَتْلِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًاۖ﴾ [لقمان: ١٥] أمَرَ - سبحانه وتعالى - بمُصاحَبةِ الأبَوَيْنِ الكافِرَيْنِ بالمعروفِ، والابتِداءُ بالقَتْلِ ليس من المُصاحَبةِ بالمعروفِ.

ورويَ أنّ حَنْظَلَةَ رضي الله عنه غَسيلَ المَلائكةِ رضي الله عنه استأذَنَ رسولَ اللّه ﷺ في قَتْلِ أبيه، فنهاه عليه الصلاة والسلام [٤]، ولأنّ الشّرعَ أمَرَ بإحيائه بالنّفَقةِ عليه، فالأمرُ بالقَتْلِ - وفيه إفْناؤه - يكونُ مُتَناقِضًا [٥] فإنْ قَصَدَ الأبُ قَتْلَه، يَدْفَعْه عن نفسِه، وإنْ أتَى ذلك على نفسِه، ولا يُكْرَه ذلك؛ لأنّه من ضروراتِ الدَّفْعِ، ولكنْ لا يَقْصِدُ بالدَّفْعِ القَتْلَ؛ لأنّه لا ضرورةَ إلى القَصْدِ واللّهُ - تعالى - أعلمُ [٦].

فصل [في بيان من يسع تركه في دار الحرب]

وأمّا بيانُ مَنْ يَسَعُ تَرْكُه في دارِ الحربِ مِمَّنْ لا يَحِلُّ قَتْلُه، ومَنْ لا يَسَعُ فالأمرُ فيه لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ:

إما أن [٧] كان الغُزاةُ قادِرينَ على [عملِ] [٨] هَؤُلاءِ، وإخْراجهم إلى دارِ الإسلامِ.

---

(١) في المخطوط: «ما لا يحلُّ».
(٢) في المخطوط: «حال».
(٣) تأخرت هذه الفقرة في المخطوط.
(٤) انظر فيض القدير للمناوي (٣/ ١٩).
(٥) في المخطوط: «تناقضا».
(٦) هنا موضع الفقرة المشار إلى تأخيرها سابقًا.
(٧) في المطبوع»أمّا إذ».
(٨) ليست في المخطوط.

وإمّا لإنْ لم يَقْدِروا عليه، فإنْ قَدِروا على ذلك، فإنْ كان المَتْروكُ مِمَّنْ يولَدُ له ولَدٌ. لا يجوزُ تَرْكُهم في دارِ الحربِ؛ لأنّ في تَرْكِهم في دارِ الحربِ عَوْنًا لهم على المسلمينَ باللِّقاح، وإنْ كان مِمَّنْ لا يولَدُ له ولَدٌ، كالشّيخِ الفاني الذي لا قِتالَ عنده ولا لِقاحَ، فإنْ كان ذا رأيٍ ومَشورةٍ، فلا يُباحُ تَرْكُه في دارِ الحربِ، لِما فيه من المَضرّةِ بالمسلمينَ؛ لأنّهم يَسْتَعينونَ على المسلمينَ برأيِه.

وإنْ لم يكنْ له رأيٌ، فإنْ شاءوا تَركوه، لأنه [١] لا مَضرّةَ عليهم [٢] في تَرْكِه، وإنْ شاءوا أخْرَجوه لِفائدةِ المُفاداةِ على قولِ مَنْ يَرَى مُفاداةَ الأسيرِ بالأسيرِ.

وعلى قولِ مَنْ لا يَرَى، لا يُخْرِجونَهم؛ لِما أنّه لا فائدةَ في إخْراجِهم، وكذلك العجوزُ التي لا يُرْجَى ولادتها [٣]، وكذلك الرُّهْبانُ، وأصحابُ الصّوامِعِ إذا كانوا حُضورًا، لا يَلْحَقونَ، وإنْ لم يَقْدِرِ المسلمونَ على حَمْلِ هَؤُلاءِ ونَقْلِهم إلى دارِ الإسلامِ، لا يَحِلُّ قَتْلُهم، ويُتْرَكونَ في دارِ الحربِ؛ لأنّ الشّرعَ نَهَى عن قَتْلِهم، ولا قُدْرةَ على نَقْلِهم، فيُتْرَكونَ ضرورةً.

وأمّا الحيَوانُ والسّلاحُ إذا لم يَقْدِروا على الإخْراجِ إلى دارِ الإسلامِ:

أمّا الحيَوانُ فيُذْبَحُ ثُمّ يُحْرَقُ بالنّارِ؛ لِئَلاّ يُمْكِنَهم الانتِفاعُ به [٤/ ١٩ب].

وأمّا السّلاحُ: فما يُمْكِنُ إحراقُه بالنّارِ يُحْرَقُ، وما لا يحتملُ الإحراقَ كالحديدِ ونحوِه، فيُدْفَنُ بالتُّرابِ لِئَلاّ يجِدوه واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

فصل [في بيان ما يكره حمله إلى دار الحرب]

وأمّا بيانُ ما يُكْرَه حَمْلُه إلى دارِ الحربِ، وما لا يُكْرَه: فنقولُ: ليس لِلتّاجرِ أنْ يحمِلَ إلى دارِ الحربِ ما يَسْتَعينُ به أهلُ الحربِ على الحربِ من الأسلِحةِ والخيْلِ والرَّقيقِ من أهلِ الذّمّةِ، وكُلِّ ما يُسْتَعانُ به في [٤] الحربِ؛ لأنّ فيه إمدادَهم وإعانَتَهم على حَرْبِ [٥] المسلمينَ قال اللَّه - سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة:٢]، فلا

---

(١) في المطبوع: «فإنّه».
(٢) في المخطوط: «لهم».
(٣) في المطبوع: «ولَدُها».
(٤) في المخطوط: «على».
(٥) في المخطوط: «حراب».

يُمَكَّنُ من الحمْلِ، وكذا الحربيُّ إذا [١] دخل دارَ الإسلامِ لا يُمَكَّنُ من أنْ يَشتريَ السِّلاحَ.

ولو اشترى لا يُمَكَّنُ من أنْ يُدْخِلَه دارَ الحربِ لِما قُلْنا، إلاّ إذا كان داخِلَ دارِ الإسلامِ بسِلاحٍ فاستَبْدَلَه، فيُنْظَرُ في ذلك، إنْ كان الذي استَبْدَلَه خلافَ جنسِ سِلاحه، بأنِ استُبْدِلَ القَوْسُ بالسَّيْفِ ونحوُ ذلك، لا يُمَكَّنُ من ذلك أصلاً.

وإنْ كان [بدَّله] [٢] من جنسِ سِلاحه، فإنْ كان مثلَه، أو أردَأَ منه، يُمَكَّنُ [منه، وإنْ كان أجوَدَ منه لا يُمَكَّنُ منه لِما قُلْنا] [٣]. ولا بَأسَ بحَمْلِ الثِّيابِ والمَتاعِ والطَّعام، ونحوِ ذلك إليهم؛ لانعِدامِ معنى الإمدادِ والإعانةِ، وعلى ذلك جَرَتِ العادةُ من [٤] تُجّارِ الأعصارِ، أنّهم يدخلونَ دارَ الحربِ لِلتِّجارةِ من غيرِ ظُهورِ الرَّدِّ والإنْكارِ عليهم، إلاّ أنّ التَّرْكَ أفضَلُ؛ لأنّهم يَسْتَخِفّونَ بالمسلمينَ، ويَدْعونَهم إلى ما هم عليه، فكان الكَفُّ والإمساكُ عن الدُّخولِ من بابِ صيانةِ النَّفسِ عن الهَوانِ، والدِّينِ عن الزَّوالِ، فكان أولى.

وأمّا المُسافَرةُ بالقُرْآنِ العظيمِ إلى دارِ الحربِ: فيُنْظَرُ في ذلك، إنْ كان العسْكَرُ عَظيمًا مَأمونًا عليه لا بَأسَ بذلك؛ لأنّهم يحتاجونَ إلى قِراءةِ القُرْآنِ، وإذا كان العسْكَرُ عَظيمًا يَقعُ الأمنُ عن الوُقوعِ في أيدي الكَفَرةِ والاستخفافِ به، وإنْ لم يكنْ مَأمونًا عليه، كالسَّريّةِ يُكْرَه المُسافَرةُ به لِما فيه من خَوْفِ الوُقوعِ في أيديهم والاستخفافِ به، فكان الدُّخولُ به في دارِ الحربِ تَعْريضًا للاستخفافِ بالمُصْحَفِ الكَريم [وهذا لا يجوز] [٥]. وما رويَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه نَهَى أنْ يُسافَرَ بالقُرْآنِ العظيمِ إلى أرضِ العدوِّ [٦]، مَحْمولٌ على المُسافَرةِ في هذه الحالةِ.

وكذلك حُكْمُ إخْراجِ النِّساءِ مع أنْفُسِهم إلى دارِ الحربِ على هذا التَّفْصيلِ، إنْ كان

---

(١) في المخطوط: «الذي».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «في».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب: السفر بالمصاحف إلى أرض العدو، برقم (٢٩٩٠)، ومسلم، كتاب الإمارة، باب: النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار، برقم (١٨٦٩)، من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما.

ذلك في جَيْشٍ عَظيمٍ مَأمونٍ عليه، غيرُ مَكْروهٍ؛ لأنّهم يحتاجونَ إلى الطَّبْخِ والغُسْلِ ونحوِ ذلك، وإنْ كانت سَرِيّةً لا يُؤمَنُ عليها يُكْرَه إخْراجُهُنّ لِما قُلْنا، واللَّهُ - تعالى - أعلَمُ.

فصل [في بيان الأسباب المحرّمة للقتال]

وأمّا بيانُ ما يَعْتَرِضُ من الأسبابِ المُحَرِّمةِ للقِتالِ: فنقولُ - ولا قوّةَ إلاّ باللّه العليِّ العظيمِ: الأسبابُ المُعْتَرِضةُ المُحَرِّمةُ للقِتالِ أنواعٌ ثلاثةٌ: الإيمانُ، والأمانُ، والالتِجاءُ إلى الحرَمِ.

أمّا الإيمانُ فالكَلامُ فيه في موضِعَيْنِ.

أحدُهما: في بيانِ ما يُحْكَمُ به بكونِ [(١)] الشَّخْصِ مُؤمِنًا.

والثّاني: في بيانِ حُكْمِ الإيمانِ.

أمّا الأوّلُ فنقولُ: الطُّرُقُ التي يُحْكَمُ بها بكونِ [(٢)] الشَّخْصِ مُؤمِنًا ثلاثةٌ: نَصٌّ، ودَلالةٌ، وتَبَعيّةٌ.

أمّا النّصُّ: فهو أنْ يأتيَ بالشَّهادةِ أو بالشَّهادَتَيْنِ، أو يأتيَ بهما مع التَّبَرُّؤِ مِمّا هو عليه صَريحًا. وبيانُ هذه الجُمْلةِ أنّ الكَفَرةَ أصنافٌ أربعةٌ: صِنْفٌ منهم يُنْكِرونَ الصّانِعَ أصلاً، وهم الدَّهْريّةُ المُعَطِّلةُ. وصِنْفٌ منهم يُقِرّونَ بالصّانِعِ ويُنْكِرونَ تَوْحيدَه، وهم الوَثَنيّةُ والمَجوسُ. وصِنْفٌ منهم يُقِرّونَ بالصّانِعِ وتَوْحيدِه ويُنْكِرونَ الرّسالةَ رأسًا، وهم قَوْمٌ من الفلاسفةِ. وصِنْفٌ منهم يُقِرّونَ بالصّانِعِ وتَوْحيدِه والرّسالةِ [في الجُمْلةِ] [(٣)]، لكنّهم يُنْكِرونَ رِسالةَ نَبيِّنا محمّدٍ - عليه أفضَلُ الصّلاةِ والسَّلامِ - وهم اليَهودُ والنّصارى.

فإنْ كان من الصِّنْفِ الأوّلِ والثّاني، فقال: لا إلَهَ إلاّ اللّه، يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّ هَؤُلاءِ يَمْتَنِعونَ عن الشَّهادةِ أصلاً. فإذا أقَرّوا بها كان ذلك دليلَ إيمانِهم، وكذلك إذا قال: أشهَدُ أنّ محمّدًا رسولُ اللّه؛ لأنّهم يَمْتَنِعونَ من [(٤)] كُلِّ واحدةٍ [(٥)] من كلِمَتَيِ الشَّهادةِ، فكان الإتيانُ بواحدة منهما - أيّتَهما كانت - دَلالةَ الإيمانِ.

---

(١) في المخطوط: «كون».
(٢) في المخطوط: «كون».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «عن».
(٥) في المخطوط: «واحد».

وإنْ كان من الصِّنْفِ الثّالِثِ فقال: لا إلَهَ إلاّ اللَّه لا يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّ مُنْكِرَ الرّسالةِ لا يَمْتَنِعُ عن هذه المَقالةِ، ولو قال: أشهَدُ أنّ محمّدًا رسولُ اللَّه يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّه يَمْتَنِعُ عن هذه الشّهادةِ، فكان الإقرارُ بها دليلَ [٤/ ٢٠أ] الإيمانِ.

وإنْ كان من الصِّنْفِ الرّابعِ فأتى بالشّهادَتَيْنِ فقال: لا إلَهَ إلاّ اللَّه، محمّدٌ رسولُ اللَّه لا يُحْكَمُ بإسلامِه حتّى يتبَرّأ من الدّينِ الذي [هو] [١] عليه؛ من اليَهوديّةِ أو النّصْرانيّةِ؛ لأنّ من هَؤُلاءِ مَنْ يُقِرُّ برِسالةِ رسولِ اللَّه؛ ﷺ لكنّه يقولُ: إنّه بُعِثَ إلى العرَبِ خاصّةً دونَ غيرِهم فلا يكونُ إتيانُه بالشّهادَتَيْنِ بدونِ التّبَرُّؤِ دليلاً على إيمانِه، وكذا إذا قال يَهوديٌّ أو نَصْرانيٌّ: أنا مُؤْمِنٌ أو مسلمٌ أو قال: آمَنْتُ أو: أسلمتُ لا يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّهم يَدَّعونَ أنّهم مُؤْمِنونَ (ومسلمونَ، و) [٢]الإيمانُ والإسلامُ هو الذي هم عليه.

ورَوَى الحسنُ عن أبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّه قال: إذا قال اليَهوديُّ أو النّصْرانيُّ: أنا مسلمٌ أو قال: أسلمتُ، سُئِلَ [٣] عن ذلك: أيُّ شيءٍ أرَدْتَ به؟ إنْ قال: أرَدْتُ به تَرْكَ اليَهوديّةِ أو النّصْرانيّةِ، والدُّخولَ في دينِ الإسلامِ يُحْكَمُ بإسلامِه، حتّى لو رجع عن ذلك كان مُرْتَدًّا وإنْ قال: أرَدْتُ بقولي: أسلمتُ أنّي على الحقِّ، ولم أُرِدْ بذلك الرُّجوعَ عن ديني لم يُحْكَمْ بإسلامِه.

ولو قال يهوديٌّ أو نصرانيٌّ: أشهَدُ أنْ لا إلَهَ إلاّ اللَّه، وأتَبرّأُ عن اليَهوديّةِ، أو النّصْرانيّةِ لا يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّهم لا يَمْتَنِعونَ عن [كلِمةِ] [٤] التّوْحيدِ، والتّبرُّؤُ عن اليَهوديّةِ والنّصْرانيّةِ، لا يكونُ دليلَ الدُّخولِ في دينِ الإسلامِ لاحتمالِ أنّه تَبرّأ عن ذلك، ودخل في دينٍ آخرَ سِوَى دينِ الإسلامِ، فلا يَصْلُحُ التّبرُّؤُ دليلَ الإيمانِ مع الاحتمالِ، ولو أقَرَّ مع ذلك فقال: دَخَلْتُ في دينِ الإسلامِ أو في دينِ محمّدٍ ﷺ (حُكِمَ بالإسلامِ) [٥]؛ لِزَوالِ الاحتمالِ بهذه القَرينةِ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ ما (يُحْكَمُ به بكونِه) [٦] مُؤْمِنًا من طريقِ الدّلالةِ، فنحْوُ أنْ يُصَلّيَ كتابيٌّ، أو واحدٌ من أهلِ الشّرْكِ في جماعةٍ، ويُحْكَمَ بإسلامِه عندنا وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - لا

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وأن».
(٣) في المخطوط: «يسأل».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يحكم بإسلامه».
(٦) في المخطوط: «يعرف به كونه».

يُحكَمُ بإسلامِه ولو صَلَّى وحْدَه لا يُحْكَمُ بإسلامِه.

(وجه) قولِ الشّافعيِّ - رحمه الله - أنّ الصّلاةَ لو صَلَحَتْ دَلالةَ الإيمانِ لَما افترَقَ الحالُ فيها بينَ حالِ الانفِرادِ [١]، وبينَ حالِ الاجتِماعِ ولو صَلَّى وحْدَه لم يُحكَمْ بإسلامِه فعلى ذلك إذا صَلَّى بجماعةٍ.

(ولَنا) أنّ الصّلاةَ بالجماعةِ على هذه الهَيْئةِ التي نُصَلّيها اليومَ، لم تَكُنْ في شرائعِ مَنْ قبلنا، فكانت مُخْتَصّةً بشريعةِ نَبيِّنا محمّدٍ ﷺ فكانت دَلالةً على الدُّخولِ في دينِ الإسلامِ، بخلافِ ما إذا صَلَّى وحْدَه؛ لأنّ الصّلاةَ وحْدَه غيرُ مُخْتَصّةٍ بشريعَتنا.

ورويَ عن محمّدٍ - رحمه الله - أنّه إذا صَلَّى وحْدَه مُسْتقبِلَ القِبْلةِ يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّ الصّلاةَ مُسْتقبِلَ القِبْلةِ دليلُ الإسلامِ؛ لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «مَنْ شَهِدَ جِنازَتَنا، وصَلَّى إلى قِبْلَتِنا، وأكَلَ ذَبيحَتَنا، فاشْهَدُوا له بالإيمَانِ».

وعلى هذا الخلافِ إذا أذَّنَ في مسجِدِ جماعةٍ يُحْكَمُ بإسلامِه عندنا، (خلافًا لِلشّافعيِّ - رحمه الله تعالى.

لَنا أنّ) [٢] الأذانَ من شَعائرِ الإسلامِ، فكان الإتيانُ به دليلَ قَبولِ الإسلامِ.

ولو قَرأ القُرْآنَ أو تَلَقَّنَه لا يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لاحتمالِ أنّه فعَلَ ذلك ليَعْلَمَ ما فيه من غيرِ أنْ (يَعْتَقِدَه حقيقةً) [٣]، إذْ لا كُلُّ مَنْ يَعْلَمُ شيئًا يُؤْمِنُ به، كالمُعانِدينَ من الكَفَرةِ.

ولو حَجَّ هل يُحْكَمُ بإسلامِه قالوا: يُنْظَرُ في ذلك إنْ تَهَيَّأ للإحرامِ، ولَبَّى وشَهِدَ المَناسك مع المسلمينَ يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّ عِبادةَ الحجِّ على هذه الهَيْئةِ المَخْصوصةِ، لم تَكُنْ في الشَّرائعِ المُتَقَدِّمةِ، فكانت مُخْتَصّةً بشريعَتنا، فكانت دَلالةَ الإيمانِ كالصّلاةِ بالجماعةِ. وإنْ لَبَّى ولم يَشْهَدِ المَناسك، أو شَهِدَ المَناسك ولم يُلَبِّ لا يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّه لا يَصيرُ عِبادةً في شريعَتنا إلاّ بالأداءِ على هذه الهَيْئةِ، والأداءُ على هذه الهَيْئةِ لا يكونُ دليلَ الإسلامِ.

ولو شَهِدَ شاهدانِ أنّهما رأياه يُصَلّي سنةً، وما قالا: رأيناه يُصَلّي في جماعةٍ وهو

---

(١) في المخطوط: «الأفراد».
(٢) في المخطوط: «لأن».
(٣) في المخطوط: «يعتقد حقيقته».

يقولُ: صَلَّيْتُ صَلَواتي [(١)] لا يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّهم يُصَلّونَ أيضًا، فلا تكونُ الصّلاةُ المُطْلَقةُ دَلالةَ الإسلامِ.

ولو شَهِدَ أحدُهما وقال: رأيتُه يُصَلّي في المسجِدِ الأعظَمِ وشَهِدَ الآخرُ وقال: رأيتُه يُصَلّي في مسجد كذا وهو مُنْكِرٌ لا تُقْبَلُ، ولكنْ يُجْبَرُ على الإسلامِ؛ لأنّ الشّاهدَيْنِ اتَّفَقا على وُجودِ الصّلاةِ منه بجماعةٍ في المسجِدِ، لكنّهما اختلَفا في المسجِدِ، وذا يوجِبُ اختلافَ المكانِ لا نفسَ الفعلِ، وهو الصّلاةُ، فقد اجتَمع شاهدانِ على فعلٍ واحدٍ حقيقةً، لكنْ تُعْتَبَرُ شهادَتُهما في الجبْرِ على الإسلامِ، لا في القَتْلِ؛ لأنّ [٤/ ٢٠ب] فعلَ الصّلاةِ وإنْ كان مُتَّحِدًا حقيقةً، فهو مُخْتَلِفٌ صورةً لاختلافِ مَحَلِّ الفعلِ فأورَثَ شُبْهةً في القَتْلِ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وَأمّا الحُكْمُ بالإسلامِ من طريقِ التّبَعيّةِ: فإنّ الصّبيَّ يُحْكَمُ بإسلامِه تَبَعًا لأبَوَيْه عَقَلَ أو لم يَعْقِلْ ما لم يُسْلِمْ بنفسِه إذا عَقَلَ، ويُحْكَمُ بإسلامِه تَبَعًا لِلدّارِ أيضًا، والجُمْلةُ فيه: أنّ الصّبيَّ يَتْبَعُ أبَوَيْه في الإسلامِ والكُفْرِ، ولا عِبْرةَ بالدّارِ مع وُجودِ الأبَوَيْنِ أو أحدِهما؛ لأنّه لا بُدَّ له من دينٍ تجري عليه أحكامُه، والصّبيُّ لا يَهْتَمُّ لِذلك إمّا لِعَدَم عَقْلِه، وإمّا لِقُصورِه، فلا بُدَّ وأنْ يُجْعَلَ تبَعًا لِغيرِه، وجَعْلُه تَبَعًا للأبَوَيْنِ أولى؛ لأنّه تَوَلَّدَ منهما وإنّما الدّارُ مُنْشَأٌ، وعند انعِدامِهِما في الدّارِ التي فيها الصّبيُّ تَنْتَقِلُ التّبَعيّةُ إلى الدّارِ؛ لأنّ الدّارَ تستَتْبِعُ الصّبيَّ في الإسلامِ في الجُمْلةِ كاللَّقيطِ، فإذا أسلَمَ أحدُ الأبَوَيْنِ، فالولدُ يَتْبَعُ المسلمَ؛ لأنّهما استويا في جِهةِ التّبَعيّةِ، وهي التّوَلُّدُ والتّفَرُّعُ، فيُرَجَّحُ المسلمُ بالإسلامِ؛ لأنّه يَعْلو ولا يُعْلى [عليه] [(٢)].

ولو كان أحدُهما كتابيًّا والآخرُ مَجوسيًّا، فالولدُ كتابيٌّ؛ لأنّ الكتابيَّ إلى أحكامِ الإسلامِ أقرَبُ، فكان الإسلامُ منه أرجَى.

وبيانُ هذه الجُمْلةِ: إذا سُبيَ الصّبيُّ، وأُخْرِجَ إلى دارِ الإسلامِ، فهذا لا يخلو من ثلاثةِ أوجُهٍ: إمّا أنْ سُبيَ مع أحدِهما، وإمّا أنْ سُبيَ مع أحدِهما، وإمّا أنْ سُبيَ وحْدَه.

فإنْ سُبيَ مع أبَوَيْه فما دامَ في دارِ الحربِ، فهو على دينِ أبَوَيْه، حتّى لو مات لا يُصَلّى عليه وهذا ظاهرٌ.

---

(١) في المخطوط: «صلاتي».

(٢) ليست في المخطوط.

وكذا إذا سُبيَ مع أحدِهما وكذلك إذا خرج إلى دارِ الإسلامِ ومعه أبَواه أو أحدُهما لِما بَيَّنَّا، فإنْ مات الأبَوانِ بعدَ ذلك فهو على دينِهما حتّى يُسْلِمَ بنفسِه، ولا تَنْقَطِعُ تَبعيّةُ الأبَوَيْنِ بموتِهما؛ لأنّ بَقاءَ الأصلِ ليس بشرطٍ لِبَقاءِ الحُكْمِ في التَّبَعِ.

وإنْ أُخْرِجَ إلى دارِ الإسلامِ وليس معه أحدُهما فهو مسلمٌ؛ لأنّ التَّبَعيّةَ انتَقَلَتْ إلى الدّارِ على ما بَيَّنّا.

ولو أسلَمَ أحدُ الأبَوَيْنِ في دارِ الحربِ، فهو مسلمٌ تَبَعًا له؛ لأنّ الولدَ يَتْبَعُ خَيْرَ الأبَوَيْنِ دينًا لِما بَيَّنّا، وكذا إذا أسلَمَ أحدُ الأبَوَيْنِ في دارِ الإسلامِ ثُمّ سُبيَ الصّبيُّ بعدَه وأُدْخِلَ في دارِ الإسلامِ، فهو مسلمٌ تَبَعًا له؛ لأنّه جمعهما دارٌ واحدةٌ [1]؛ لأنّ تَبعيّةَ الدّارِ لا تُعْتَبَرُ مع أحدِ الأبَوَيْنِ لِما ذَكَرْنا.

فأمّا قبل الإدْخال في دارِ الإسلامِ فلا يكونُ مسلمًا؛ لأنّهما في دارَيْنِ مُخْتَلِفتينِ [2]، واختلافُ الدّارِ يمنعُ التَّبَعيّةَ في الأحكامِ الشّرعيّةِ واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ ثُمّ إنّما تُعْتَبَرُ تَبعيّةُ الأبَوَيْنِ والدّارِ إذا لم يُسْلِمْ بنفسِه وهو يَعْقِلُ الإسلامَ، فأمّا إذا أسلَمَ وهو يَعْقِلُ الإسلامَ فلا تُعْتَبَرُ التّبَعيّةُ، ويصحُّ إسلامُه عندنا [3].

وعند الشافعي - رحمه الله -: لا يصحُّ [4]؛ واحتجَّ بقولِه عليه الصلاة والسلام: **«رُفِعَ القَلَمُ عن ثلاثةٍ: عن الصّبيّ حتّى يحتَلِمَ، وعن المجنونِ حتّى يُفيقَ، وعن النّائم حتّى يَسْتَيقِظَ»** [5].

أخْبَرَ عليه الصلاة والسلام أنّ الصّبيَّ مرفوعُ القَلَمِ، والفِقْه مُسْتَنْبَطٌ منه، وهو أنّ الصّبيَّ لو صَحَّ إسلامُه إمّا أنْ يصحَّ فرْضًا، وإمّا أنْ يصحَّ نَفْلًا، ومعلومٌ أنّ التّنَفُّلَ بالإسلامِ مُحالٌ، والفرْضيّةُ بخِطابِ الشّرعِ، والقَلَمُ عنه مرفوعٌ، ولأنّ صِحّةَ الإسلامِ من الأحكامِ الضّارّةِ، فإنّه سببٌ لِحِرْمانِ الميراثِ والنّفَقةِ، لوقوع الفرقة [6] بينَ الزّوْجَيْنِ. والصّبيُّ

---

(١) زاد في المخطوط: «له».

(٢) في المطبوع: «مختلفين».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٨٩، ٢٩٠)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٨٨)، البناية (٦/ ٥٥٩)، الدر المختار (٤/ ١٤٥).

(٤) ومذهب الشافعية أنه إذا أسلم الحربي عُصِم دَمُه بالإسلام، وأحرز له جميع ماله، وصار إسلامه إسلامًا لجميع أولاده الصغار من الذكور والإناث، يعصمهم الإسلام من السبي والاسترقاق، وسواء كان إسلامه في دار الحرب أو دار الإسلام. انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ٢٥٤).

(٥) سبق تخريجه

(٦) في المطبوع: «ووُقوعِ الفرْقِ».

ليس من أهلِ التّصرُّفاتِ الضّارّةِ، ولهذا لم يصحّ طَلاقُه وعِتاقُه، ولم يجبْ عليه الصّوْمُ والصّلاةُ، فلا يصحُّ إسلامُه.

(ولَنا) أنّه آمَنَ باللَّه - سبحانه وتعالى - عن غَيْبٍ فيصحُّ إيمانُه كالبالِغِ، وهذا لأنّ الإيمانَ عِبارةٌ عن التّصْديقِ لُغةً وشرْعًا، وهو تصديقُ اللَّه - سبحانه وتعالى - في جميعِ ما أنْزَلَ على رُسُلِه، أو تصديقُ رُسُلِه عليهم السلام في جميعِ ما جاءوا به عن اللَّه - تَبارَك وتعالى - وقد وُجِدَ ذلك منه لِوُجودِ دليلِه، وهو إقرارُ العاقِلِ، وخُصوصًا عن طَوْعٍ، فتُرَتَّبُ [(١)] عليه الأحكامُ؛ لأنّها مَبنيّةٌ على وُجودِ الإيمانِ حقيقةً قال اللَّه - تَبارَك وتعالى -: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [البقرة:٢٢١] وقالَ ﷺ: «لَا يَرِثُ المُؤمِنُ الكَافِرَ، ولَا الكَافِرُ المُؤمن» [(٢)].

وقوله: إنّه مرفوعُ القَلَمِ قُلْنا: نَعَمْ. في الفروعِ الشّرعيّةِ، فأمّا في الأُصولِ العقليّةِ فممنوعٌ، ووُجوبُ الإيمانِ من الأحكامِ العقليّةِ، فيجبُ على كُلِّ عاقِلٍ والحديثُ يُحْمَلُ على الأحكامِ الشّرعيّةِ تَوْفيقًا بينَ الدّلائلِ، وبِه نَقولُ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَأمّا أحكامُ [(٣)] الإيمانِ فنقولُ - واللَّه سبحانه وتعالى الموَفِّقُ للإيمانِ - حُكْمانِ:

أحدُهما: يرجعُ إلى الآخِرةِ.

والثّاني: يرجعُ إلى الدُّنْيا.

أمّا الذي يرجعُ إلى الآخِرةِ فكينونةُ المُؤمِنِ من أهلِ الجنّةِ إذا خَتَمَ عليه قال اللَّه تعالى: ﴿مَن جَآءَ بِٱلْحَسَنَةِ فَلَهُۥ خَيْرٌ مِّنْهَا﴾ [النمل:٨٩].

وأمّا الذي يرجعُ إلى الدُّنْيا فعِصْمةُ النّفسِ والمالِ؛ لِقولِه ﷺ: «**أُمِرْتُ أنْ أُقَاتِلَ النّاسَ حتّى يَقُولُوا: لَا إلَهَ إلّا اللّه فإذَا قَالُوهَا، عَصَمُوا مِنّي دِمَاءَهم وأموَالَهم إلّا بحَقّهَا**» إلاّ أنّ عِصْمةَ النّفسِ تَثْبُتُ مقصودةً، وعِصْمةُ المالِ تَثْبُتُ تابِعةً لِعِصْمةِ النّفسِ، إذِ النّفسُ أصلٌ في التّخَلُّقِ [(٤)]، والمالُ خُلِقَ بَذْلُه لِلنّفسِ [(٥)] استِبْقاءً لها، فمتى ثَبَتَتْ عِصْمةُ النّفسِ ثَبَتَتْ

---

(١) في المخطوط: «فيرتب».
(٢) أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، برقم (٦٧٦٤)، ومسلم، كتاب الفرائض، برقم (١٦١٤)، من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه.
(٣) في المخطوط: «حكم».
(٤) في المخطوط: «التخليق».
(٥) زاد في المخطوط: «و».

عِصْمةُ المالِ تَبَعًا، إلاّ إذا وُجِدَ القاطِعُ لِلتَّبعيَةِ على ما نذكرُ (١).

فعلى هذا إذا أسلَمَ أهلُ بلدةٍ من أهلِ [دارِ] (٢) الحربِ قبل أنْ يَظْهَرَ عليهم المسلمونَ حَرُمَ قَتْلُهم، ولا سَبيلَ لأحدٍ على أموالِهم على ما قُلْنا وقد رُوِيَ عن رَسُولِ اللّه ﷺ أنّه قَالَ: «مَنْ أسْلَمَ على مَالٍ فهُوَ له» (٣).

ولو أسلَمَ حَرْبيٌّ في دارِ الحربِ ولم يُهاجرْ إلينا فقتَلَه مسلمٌ عَمْدًا أو خَطَأً فلا شيءَ عليه إلاّ الكَفّارةُ (٤) وعند أبي يوسفَ عليه الدّيةُ في الخطَإِ وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - عليه الدّيةُ مع الكَفّارةِ في الخطَإِ، والقِصاصُ في العمْدِ (٥). واحتجّا بالعُمومات الواردةِ في بابِ القِصاصِ والدّيةِ من غيرِ فصلٍ بينَ مُؤمِنٍ (٦) قُتِلَ في دارِ الإسلامِ أو في دارِ الحربِ.

(ولَنا) قولُه - تَباركَ وتعالى -: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء:٩٢] أوجَبَ - سبحانه وتعالى - الكَفّارةَ وجعلها كُلَّ موجِبِ قَتْلِ المُؤمِنِ الذي هو من قَوْمٍ عَدوٍّ لَنا؛ لأنّه جعله جَزاءً، والجزاءُ يُنْبِئُ عن الكِفايةِ، فاقْتَضى وُقوعَ الكِفايةِ بها عَمّا سِواها من القِصاصِ والدّيةِ جميعًا، ولأنّ القِصاصَ لم يُشْرَعْ إلاّ لِحِكْمةِ (٧) الحياةِ قال اللّه - تعالى -: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة:١٧٩] والحاجةُ إلى الإحياءِ عند قَصْدِ القَتْلِ لِعَداوةٍ حامِلةٍ عليه، ولا يكونُ ذلك إلاّ عند المُخالَطةِ، ولو لم توجَدْ هاهنا.

وعلى هذا إذا أسلَمَ ولم يُهاجرْ إلينا حتّى ظَهَرَ المسلمونَ على الدّارِ، فما كان في يَدِه من المقتولِ فهو له، ولا يكونُ فيْئًا إلاّ عبدًا يُقاتلُ فإنّه يكون فيْئًا؛ لأنّ نفسَه استَفادَتِ

(١) في المخطوط: «يذكر». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) حسن: أورده الزيلعي بلفظه في نصب الراية (٣/ ٤١٠)، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ١١٣)، وأبو يعلى في مسنده (١٠/ ٢٢٦)، برقم (٥٨٤٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وكلا الحديثين من طريق مروانبن معاوية، انظر إرواء الغليل، رقم (١٧١٦).

(٤) انظر في مذهب الحنفية: شرح فتح القدير (٦/ ٢٧)، البناية (٦/ ٦٣٣).

(٥) مذهب الشافعية: أنه إذا قتل مسلم مسلمًا في دار الحرب، فهو على حالين: الحال الأولى: أن لا يعلم القاتل بإسلام المقتول، فإن قتله خطأ ضمنه بالكفارة دون الدية، وإن قتله عمدًا فلا قود عليه للشبهة، وعليه الكفارة، والحال الثانية: أن يقتله عالمًا بإسلامه، فيلزم بقتله في دار الحرب ما كان لازمًا له بقتله في دار الإسلام، ففي القتل العمد يجب عليه القود والكفارة وإن كان بخطأ، وجبت الدية مخففة والكفارة. انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ٢٤٣).

(٦) في المخطوط: «مَنْ». (٧) في المخطوط: «بحكم».

العِصْمةَ بالإسلامِ، ومالُه الذي في يَدِه تابعٌ له من كُلِّ وجهٍ، فكان معصومًا تَبَعًا لِعِصْمةِ النّفسِ، إلاّ عبدًا يُقاتلُ؛ لأنّه إذا قاتَلَ فقد خرج من يَدِ المولى، فلم يَبْقَ تَبَعًا له، فانقَطَعَتِ العِصْمةُ لانقِطاعِ التّبَعيّةِ، فيكون مَحَلاًّ لِلتّمَلُّكِ بالاستيلاءِ. وكذلك ما كان في يَدِ مسلم أو ذِمّيٍّ وديعةً له فهو له، ولا يكونُ فيْئًا؛ لأنّ يَدَ المودِعِ يَدُه من وجهٍ من حيث إنّه يحفَظُ الوديعةَ له، ويَدُ نفسِه من حيث الحقيقة وكُلُّ واحدٍ منهما معصومٌ فكان ما في يَدِه معصومًا فلا يكونُ مَحَلاًّ لِلتّمَلُّكِ.

وأمّا ما كان في يَدِ حَرْبيٍّ وديعةً، فيكونُ [(١)] فيْئًا عند أبي حنيفةَ. وعندهما يكونُ له؛ لأنّ يَدَ [(٢)] المودِعِ يَدُه، فكان معصومًا والصّحيحُ قولُ أبي حنيفةَ - رحمه الله؛ لأنّه من حيث إنّه يحفَظُ له تكونُ يَدُه فيكونُ تَبَعًا له، فيكونُ معصومًا، ومن حيث الحقيقة لا يكونُ معصومًا؛ لأنّ نفسَ الحربيِّ غيرُ معصومةٍ، فوَقَعَ الشّكُّ في العِصْمةِ، فلا تَثْبُتُ العِصْمةُ مع الشّكِّ، وكذا عَقارُه يكونُ فيْئًا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ وعند محمّدٍ هو والمَنْقولُ سواءٌ والصّحيحُ قولُهما؛ لأنّه من حيث إنّه يتصَرَّفُ فيه بحَسَبِ مَشيئَتِه يكونُ في يَدِه، فيكونُ تَبَعًا له، [و] [(٣)] من حيث إنّه مُحْصَنٌ مَحْفوظٌ بنفسِه ليس في يَدِه، فلا يكونُ تَبَعًا له، فلا تَثْبُتُ العِصْمةُ مع الشّكِّ وأمّا أولادُه الصّغارُ فأحرارٌ مسلمونَ تَبَعًا له، وأولادُه الكِبارُ وامرأتُه يكونونَ فيْئًا؛ لأنّهم في حُكْمِ أنْفُسِهم لانعِدامِ التّبَعيّةِ.

وأمّا الولدُ الذي في البطْنِ فهو مسلمٌ تَبَعًا لأبيه ورَقيقٌ تَبَعًا لأُمّه، وفيه إشْكالٌ، وهو أنّ هذا إنْشاءُ الرّقِّ على المسلمِ، وأنّه ممنوعٌ [(٤)].

والجوابُ أنّ المُمْتَنِعَ إنْشاءُ الرّقِّ على مَنْ هو مسلمٌ حقيقةً، لا على مَنْ له حُكْمُ الوُجودِ والإسلامُ شرْعًا.

هذا إذا أسلَمَ ولم يُهاجرْ إلينا، فظَهَرَ المسلمونَ على الدّارِ، فلو أسلَمَ وهاجَرَ إلينا (ثُمّ ظَهَرَ) [(٥)] المسلمونَ على الدّارِ. أمّا أموالُه فما كان في يَدِ مسلمٍ أو ذِمّيٍّ وديعةً فهو له، ولا يكونُ فيْئًا لِما ذَكَرْنا، وما سِوَى ذلك فهو فيْءٌ لِما ذَكَرْنا أيضًا.

---

(١) في المخطوط: «يكون».
(٢) في المخطوط: «يدع».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ممتنع».
(٥) في المخطوط: «فظهر».

وقيل: ما كان في يَدِ حَرْبيٍّ وديعةً فهو على الخلافِ الذي ذَكَرْنا. وأمّا أولادُه الصِّغارُ فيُحْكَمُ بإسلامِه تَبَعًا لأبيهم، (ولا يُسْتَرَقّونَ) (١)؛ لأنّ الإسلامَ يمنعُ إنْشاءَ الرّقِّ إلاّ رِقًّا ثَبَتَ (٢) حُكْمًا بأنْ كان الولدُ في بَطْنِ الأمِّ، وأولادُه الكِبارُ فيْءٌ؛ لأنّهم (٣) في حُكْمِ أنْفُسِهم، فلا يكونونَ مسلمينَ بإسلامِ أبيهم. وكذلك زوجَتُه والولدُ الذي في البطْنِ يكونُ مسلمًا تبَعًا لأبيه، ورَقيقًا تَبَعًا لأُمِّه.

ولو دخل الحربيُّ دارَ الإسلامِ ثُمّ أسلَمَ، ثُمّ ظَهَرَ المسلمونَ على الدّارِ، فجميعُ مالِه وأولادِه الصِّغارِ، والكِبارِ، وامرأتِه، وما في بَطْنِها فيْءٌ، لما لم يُسْلِمْ في دارِ الحربِ حتّى خرج إلينا لم تَثْبُتِ العِصْمةُ لِمالِه؛ لانعِدامِ عِصْمةِ النّفسِ. فبعدَ ذلك وإنْ صارتْ معصومةً، لكنْ بعدَ تَبايُنِ الدّارَيْنِ، وأنّه يُمْنَعُ ثُبوت التّبَعيّةِ.

ولو دخل مسلمٌ أو ذِمّيٌّ دارَ الحربِ فأصابَ هناك مالاً، ثُمّ ظَهَرَ المسلمونَ على الدّارِ فحُكْمُه وحُكْمُ الذي أسلَمَ من أهلِ الحربِ ولم يُهاجرْ إلينا سواءٌ والله - عزّ وجلّ - أعلمُ.

وأمّا الأمانُ فنقولُ: الأمانُ في الأصلِ نوعانِ:

أمانٌ مُؤَقّتٌ.

وأمانٌ مُؤَبّدٌ.

أمّا المُؤَقّتُ فنوعانِ أيضًا:

أحدُهما: الأمانُ المعروفُ، وهو أنْ يُحاصِرَ الغُزاةُ مَدينةً أو حِصْنًا من حُصونِ الكَفَرةِ، فيَسْتأمِنُهم الكُفّارُ فيُؤَمِّنوهم. والكَلامُ فيه في مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ الأمانِ.

وفي بيانِ شرائطِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ حُكْمِ الأمانِ.

وفي بيانِ صِفَتِه (٤).

---

(١) في المخطوط: «فلا يسترقون».
(٢) في المخطوط: «يثبت».
(٣) في المخطوط: «لأنه».
(٤) في المخطوط: «صفة الأمان».

وفي بيانِ ما يَبْطُلُ به الأمانُ.

فأما رُكْنُه: فهو اللَّفْظُ الدّالُ على الأمانِ، نحوُ قولِ المُقاتلِ: أمَّنْتُكُمْ أو: أنْتُمْ آمِنونَ أو: أعطَيْتُكُمُ الأمانَ وما يجري هذا المجرَى.

وأما شرائطُ الرُّكنِ فأنواعٌ:

منها: أنْ يكونَ في حالٍ يكونُ بالمسلمينَ ضَعْفٌ، وبالكَفَرةِ قوّةٌ؛ لأنّ القِتالَ فرْضٌ، والأمانُ يتضَمَّنُ تَحْريمَ القِتالِ، فيتناقضُ. إلاّ إذا كان في حالِ ضَعْفِ المسلمينَ وقوّةِ الكَفَرةِ؛ لأنّه إذْ ذاكَ يكونُ قِتالاً معنًى؛ لِوُقوعِه وسيلةً إلى الاستعدادِ للقِتالِ، فلا يُؤَدّي إلى التّناقُضِ.

ومنها: العقلُ فلا يجوزُ أمانُ المجنونِ، والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛ لأنّ العقلَ شرطُ أهليّةِ التّصَرُّفِ.

ومنها: البلوغُ وسَلامةُ العقلِ عن الآفةِ عند عامّةِ العُلَماءِ.

وعند محمّدٍ - رحمه الله - ليس بشرطٍ حتّى إنّ الصّبيَّ المُراهقَ [(١)] الذي يَعْقِلُ الإسلامَ، و [(٢)] البالِغَ المُخْتَلِطَ العقلِ إذا أمَّنَ لا يصحُّ عند العامّةِ وعند محمّدٍ يصحُّ.

(وجه) قولِه أنّ أهليّةِ الأمانِ مَبنيّةٌ على أهليّةِ الإيمانِ، والصّبيُّ الذي يَعْقِلُ الإسلامَ [(٣)] من أهلِ الإيمانِ فيكونُ من أهلِ الأمانِ كالبالِغِ.

(ولَنا) أنّ الصّبيَّ ليس من أهلِ حُكْمِ الأمانِ، فلا يكونُ من أهلِ الأمانِ وهذا لأنّ حُكْمَ الأمانِ حُرْمةُ القِتالِ، وخِطابُ التّحْريمِ لا يتناوَلُه، ولأنّ من شرطِ صِحّةِ الأمانِ أنْ يكونَ بالمسلمينَ ضَعْفٌ وبالكَفَرةِ قوّةٌ، وهذه حالةٌ خَفيّةٌ لا يوقَفُ عليها إلاّ بالتّأمُّلِ والنّظَرِ، ولا يوجدُ ذلك من الصّبيِّ لاشْتِغالِه باللَّهْوِ واللَّعِبِ [(٤)].

ومنها: الإسلامُ فلا يصحُّ أمانُ الكافِرِ، وإنْ كان يُقاتلُ مع المسلمينَ؛ لأنّه مُتَّهَمٌ في حَقِّ المسلمينَ، فلا تُؤمَنُ خيانَتُه، ولأنّه إذا كان مُتَّهمًا فلا يَدْري أنّه بَنَى أمانَه على مُراعاةِ مَصْلَحةِ المسلمينَ من التّفَرُّقِ عن حالِ القوّةِ والضَّعْفِ أم لا، فيَقَعُ الشّكُّ في وُجودِ شرطِ

---

(١) في المخطوط: «المراهن».
(٢) في المخطوط: «أو».
(٣) في المخطوط: «الإيمان».
(٤) في المخطوط: «وباللعب».

الصِّحّةِ، فلا يصحُّ مع الشَّكِّ.

وأمّا الحُرِّيّةُ: فليستْ بشرطٍ لِصِحّةِ الأمانِ، فيصحُّ أمانُ العبدِ المَأذونِ في القِتالِ بالإجماعِ، وهل يصحُّ أمانُ العبدِ المَحْجورِ عن القِتالِ؟.

اختُلِفَ فيه قال أبو حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - وأبو يوسفَ - رحمه الله: لا يصحُّ [(١)].

وقال محمّدٌ - رحمه الله: يصحُّ وهو قولُ الشّافعيِّ - رحمه الله [(٢)].

(وجه) قولِه: ما رُوِيَ عن رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ: «**المسلمُونَ تَتَكافَأُ دِمَاؤُهم، ويَسْعَى بذِمَّتِهم أدْنَاهم**» [(٣)] والذِّمّةُ العهْدُ، والأمانُ نوعُ عَهْدٍ، والعبدُ المسلمُ أدْنَى المسلمينَ، فيتناوَلُه الحديثُ ولأنّ حَجْرَ المولى يعملُ في التّصرُّفاتِ الضّارّةِ دونَ النّافعةِ، بل هو في التّصرُّفاتِ النّافعةِ غيرُ مَحْجورٍ كقَبولِ الهبةِ والصّدَقةِ، ولا مَضرّةَ للمولى في أمانِ العبدِ بتَعْطيلِ مَنافعِه عليه؛ لأنّه يتأدّى في زَمانٍ قليلٍ، بل له ولِسائرِ المسلمينَ فيه مَنْفَعةٌ، فلا يَظْهَرُ انحِجارُه [(٤)] عنه، فأشبَهَ المَأذونَ بالقِتالِ.

(وجه) قولِهما: أنّ الأصلَ في الأمانِ أنْ لا يجوزَ؛ لأنّ القِتالَ فرْضٌ والأمانُ يُحَرِّمُ القِتالَ، إلاّ إذا وقَعَ في حالٍ يكونُ بالمسلمينَ ضَعْفٌ وبالكَفَرةِ قوّةٌ، لِوُقوعِه وسيلةً إلى الاستعدادِ للقِتالِ في هذه الحالةِ، فيكونُ قِتالاً معنًى إذِ الوسيلةُ إلى الشّيءِ حُكْمُها حُكْمُ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: رءوس المسائل (ص ٣٦٥)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٦٥)، الاختيار (٤/ ١٢٣)، البناية (٦/ ٥٢٨)، الدر المختار (٤/ ١٣٦، ١٣٧).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية: أن أمان العبد جائز كأمان الحر، سواء كان مأذونا له في القتال، أو كان غير مأذون له، وسواء كان سيده مسلمًا أو كافرا. انظر: الأم (٤/ ٢٢٦)، الحاوي الكبير (١٨/ ٢٢٥)، الوسيط (٧/ ٤٣)، الوجيز (٢/ ١٩٤)، الروضة (١٠/ ٢٧٩)، المنهاج (ص ١٣٨)، مغني المحتاج (٤/ ٢٣٧).

(٣) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب: في السرية ترد على أهل العسكر، برقم (٢٧٥١)، وأحمد، برقم (٦٧٥٨)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٤٥٩)، برقم (٢٧٩٦٨) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما. انظر إرواء الغليل، رقم (٢٢٠٨).
وأخرجه وبسند صحيح أبو داود، كتاب الديات، باب: أَيُقَادُ المسلم بالكافر؟، برقم (٤٥٣٠)، والنسائي، برقم (٤٧٣٤)، وأحمد، برقم (٩٩٤)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ١٩٣)، وأبو يعلى في مسنده (١/ ٤٢٤)، برقم (٥٦٢)، ولفظه: «المؤمنون تكافأ دماؤهم...» من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٦٦٦٦).

(٤) في المخطوط: «الحجر».

ذلك الشّيءِ، وهذه حالةٌ لا تُعْرَفُ إلاّ بالتّأمُّلِ والنّظَرِ في حالِ المسلمينَ في قوّتِهم وضَعْفِهم، والعبدُ المَحْجورُ لاشْتِغالِه بخِدْمةِ المولى [(١)] لا يَقِفُ عليهما، فكان أمانُه تَرْكًا للقِتالِ المَفْروضِ صورةً ومعنًى، فلا يجوزُ، فبِهذا فارَقَ المَأذونَ؛ [٤/ ٢٢أ] لأنّ المَأذونَ بالقِتالِ يَقِفُ على هذه الحالةِ، فيَقَعُ أمانُه وسيلةً إلى القِتالِ، فكان إقامةً للفَرْضِ معنًى فهو الفرْقُ.

(وأمّا) الحديثُ فلا يتناوَلُ المَحْجورَ؛ لأنّ الأدْنَى إمّا أنْ يكونَ من الدّناءةِ، وهي الخساسةُ وإمّا أنْ يكونَ من الدُّنوِّ، وهو القُرْبُ والأوّلُ ليس بمُرادٍ؛ لأنّ الحديثَ يتناوَلُ المسلمينَ بقولِه عليه الصلاة والسلام: «المسلمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهم» [(٢)] ولا خَساسةَ مع الإسلامِ والثّاني لا يتناوَلُ المَحْجورَ؛ لأنّه لا يكونُ في صَفِّ القِتالِ، فلا يكونُ أقربَ إلى الكَفرةِ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَكذلك الذُّكورةُ ليستْ بشرطٍ، فيصحُّ أمانُ المرأةِ؛ لأنّها بما معها من العقلِ لا تَعْجِزُ عن الوُقوفِ على حالِ القوّةِ والضَّعْفِ وقد رويَ أنّ سَيِّدَتَنا زَيْنَبَ بنتَ النّبيِّ المُكَرَّمِ عليه الصلاة والسلام أمَّنَتْ زوجَها أبا العاصِ رضي الله عنه وأجاز رسولُ اللَّه ﷺ أمانَها.

وكذلك السَّلامةُ عن العمَى والزَّمانةِ والمَرَضِ، ليستْ بشرطٍ، فيصحُّ أمانُ الأعمَى والزَّمِنِ والمَريضِ؛ لأنّ الأصلَ في صِحّةِ الأمانِ صُدورُه عن رأيٍ ونَظَرٍ في الأحوالِ الخفيّةِ [(٣)] من الضَّعْفِ والقوّةِ، وهذه العوارضُ لا تقدَحُ فيه، ولا يجوزُ أمانُ التّاجرِ في دارِ الحربِ، والأسيرِ فيها، والحربيِّ [(٤)] الذي أسلَمَ هناك؛ لأنّ هَؤُلاءِ لا يَقِفونَ على حالِ الغُزاةِ من القوّةِ والضَّعْفِ، فلا يَعْرِفونَ للأمانِ مَصْلَحةً، ولأنّهم مُتَّهَمونَ في حَقِّ الغُزاةِ؛ لِكونِهم مقهورينَ في أيدي الكَفَرةِ.

وكذلك الجماعةُ ليستْ بشرطٍ، فيصحُّ أمانُ الواحدِ؛ لِقولِه ﷺ: «يَسْعَى بذِمَّتِهم أدْنَاهم»، ولأنّ الوُقوفَ على حالةِ [(٥)] القوّةِ والضَّعْفِ لا يَقِفُ على رأيِ الجماعةِ، فيصحُّ من الواحدِ وسواءٌ أمَّنَ جماعةً كثيرةً أو قليلةً، أو أهلَ مِصْرٍ أو قَرْيةٍ، فذلك جائزٌ.

---

(١) في المخطوط: «مولاه».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) في المخطوط: «الحقيقة».
(٤) في المخطوط: «والأسير».
(٥) في المخطوط: «حال».

وَأمّا حُكْمُ الأمانِ، فهو ثُبوتُ الأمنِ للكَفرةِ؛ لأنّ لَفْظَ الأمانِ يَدُلُّ عليه، وهو قولُه: أَمّنْتُ فثَبَتَ [١] الأمنُ لهم عن القَتْلِ والسَّبْي والاستِغْنام، فيحرُمُ على المسلمينَ قَتْلُ رِجالِهم، وسَبْيُ نِسائهم وذَراريِّهم، واستِغْنامُ أموالِهم.

وأمّا صِفَتُه فهو أنّه عقدٌ غيرُ لازِم، حتّى لو رأى الإمامُ المَصْلَحةَ في النَّقْضِ يَنْقُضُ؛ لأنّ جوازَه مع أنّه يتضَمَّنُ تَرْكَ القِتالِ المَفْروضِ، كان للمَصْلَحةِ، فإذا صارتِ المَصْلَحةُ في النَّقْضِ نَقض.

وأمّا بيانُ ما يُنْتَقضُ به الأمانُ فالأمرُ فيه لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ، إمّا أنْ كان الأمانُ مُطْلَقًا، وإمّا أنْ كان مُؤَقَّتًا إلى وقتٍ معلومٍ فإنْ [كان] [٢] مُطْلَقًا فانتِقاضُه يكونُ بطريقَيْنِ.

احدُهما: نَقْضُ الإمامِ، فإذا نَقض الإمامُ انتَقض، لكنْ يَنْبَغي أنْ يُخْبِرَهم بالنَّقْضِ، ثُمّ يُقاتلَهم لِئَلاّ يكونَ منهم غَدْرٌ في العهْدِ.

والثاني: أنْ يجيءَ أهلُ الحِصْنِ بالأمانِ إلى الإمام فيَنْقُضَ [٣]، وإذا جاءوا الإمامَ بالأمانِ يَنْبَغي أنْ يَدْعوَهم إلى الإسلامِ، فإنْ أبَوْا فإلى الذِّمّةِ، فإنْ أبَوْا رَدَّهم إلى مَأمَنِهم، ثُمّ قاتَلَهم احترازًا عن الغدْرِ، فإنْ أبَوْا الإسلامَ والجِزْيةَ، وأبَوْا أنْ يَلْحَقوا بمَأمَنِهم، فإنّ الإمامَ يُؤَجِّلُهم على ما يَرَى فإنْ رَجَعوا إلى مَأمَنِهم في الأجَلِ المضروبِ، وإلاّ صاروا ذِمّةً لا يُمَكَّنونَ بعدَ ذلك أنْ يرجعوا إلى مَأمَنِهم؛ لأنّ مَقامهم بعدَ الأجَلِ المضروبِ التِزامُ الذِّمّةِ دَلالةً، وإنْ كان الأمانُ مُؤَقَّتًا إلى وقتٍ معلومٍ يَنْتَهي بمُضيِّ الوقتِ من غيرِ الحاجةِ إلى النَّقْضِ، ولهم أنْ يُقاتلوهم إلاّ إذا دخل واحدٌ منهم دارَ الإسلامِ، فمضى الوقتُ وهو فيه، فهو آمِنٌ حتّى يرجعَ إلى مَأمَنِه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

هذا إذا حاصَرَ الغُزاةُ مَدينةً أو حِصْنًا من حُصونِ الكَفرةِ، فجاءوا فاستأمَنوهم، فأمّا إذا استَنْزَلوهم عن الحُكْمِ فهذا على وجهَيْنِ:

(إمّا) أنِ استَنْزَلوهم على حُكْمِ اللَّه - سبحانه وتعالى، وإمّا أنِ استَنْزَلوهم على حُكْمِ العِبادِ، بأنِ استَنْزَلوهم على حُكْمِ رجلٍ فإنِ استَنْزَلوهم على حُكْمِ اللَّه - سبحانه وتعالى - جاز إنْزالُهم عليه عند أبي يوسفَ. والخيارُ إلى الإمامِ إنْ شاء قَتَلَ مُقاتلَتَهم [٤] وسَبى

---

(١) في المخطوط: «فيثبت».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فينتقض».
(٤) في المخطوط: «مقاتلهم».

نِساءَهم وذَراريَّهم، وإنْ شاء سَبَى الكُلَّ، وإنْ شاء جعلهم ذِمّةً.

وعند محمّدٍ لا يجوزُ الإنْزالُ على حُكْمِ اللَّه - تعالى - فلا يجوزُ قَتْلُهم واستِرْقاقُهم، ولكنّهم يُدْعَوْنَ إلى الإسلامِ، فإنْ أبَوْا جُعِلوا ذِمّةً.

واحتجَّ محمّدٌ بما رُوِيَ عن رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ فِي وصَايَا الأُمَرَاءِ عندَ بَعْثِ الجيْشِ: «وَإذَا حَاصَرْتُمْ مَدِينةً أو حِصْنًا، (فإنْ أرَادُوا) [(١)] أنْ تُنْزِلُوهم على حُكْمِ اللَّهِ- عَزَّ وجَلَّ- [(٢)] فإنّكُمْ لاَ تَدْرُونَ مَا حُكْمُ اللَّهِ- تَعَالَى- فِيهم» [(٣)] نَهَى رسولُ اللَّه ﷺ عن الإنْزالِ على حُكْمِ اللَّه - تعالى - ونَبَّهَ عليه الصلاة والسلام على [٤/ ٢٢ب] المعنى، وهو أنّ حُكْمَ اللَّه - سبحانه وتعالى - غيرُ معلومٍ، فكان الإنْزالُ على حُكْمِ اللَّه - تعالى - من الإمامِ قضاءً بالمجهولِ، وإنّه لا يصحُّ. وإذا لم يصحَّ الإنْزالُ على حُكْمِ اللَّه - سبحانه وتعالى - فيُدْعَوْنَ إلى الإسلامِ، فإنْ أجابوا فهم أحرارٌ مسلمونَ لا سَبيلَ على أنْفُسِهم وأموالِهم، وإنْ أبَوْا لا يَقْتُلُهم الإمامُ ولا يَسْتَرِقُّهم، ولكنْ يجعلُهم ذِمّةً، فإنْ طَلَبوا من الإمامِ أنْ يُبْلِغَهم مَأمَنَهم لم يُجِبْهم إليه؛ لأنّه لو رَدَّهم إلى مَأمَنِهم لَصاروا حَرْبًا لَنا.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ أنّ الاستنْزالَ على حُكْمِ اللَّه - عزّ وجلّ - هو الاستنْزالُ على الحُكْمِ المشروعِ للمسلمينَ في حَقِّ الكَفرةِ والقَتْلُ والسَّبْيُ وعقدُ الذِّمّةِ كُلُّ ذلك حُكْمٌ مشروعٌ في حَقِّهم، فجاز الإنْزالُ عليه قولُه: إنّ ذلك مجهولٌ لا يَدْري المُنْزَلَ عليه، أيُّ حُكْمٍ هو؟.

قُلْنا: نَعَمْ لكنْ يُمْكِنُ الوُصولُ إليه والعِلْمُ به؛ لِوُجودِ سببِ العِلْمِ، وهو الاختيارُ وهذا لا يَكْفي لِجوازِ الإنْزالِ عليه، كما قُلْنا في الكَفّاراتِ: إنّ الواجبَ أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ، وذلك غيرُ معلومٍ، ثُمّ لم يمنعْ ذلك وُقوعَ تَعَلُّقِ التّكليفِ به؛ لِوُجودِ سببِ العِلْمِ به، وهو اختيارُ الكُفْرِ المُكَلَّفُ، كذا هذا يَدُلُّ عليه أنّه يجوزُ الإنْزالُ على حُكْمِ العِبادِ بالإجماعِ [والإنزال] [(٤)] على حُكْمِ العِبادِ إنْزالٌ على حُكْمِ اللَّه - تعالى - حقيقةً، إذِ العبدُ لا يَمْلِكُ

---

(١) في المخطوط: «فأرادوا». (٢) زاد في المخطوط: «على حكم الله».

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته، برقم (١٧٣١)، وأبو داود، برقم (٢٦١٢)، والترمذي، برقم (١٦١٧) من حديث بريدة الأسلمي رضي الله عنه.

(٤) زيادة من المخطوط.

إنْشاء الحُكْمِ من نفسِه قال اللَّه - تعالى - : ﴿وَلَا يُشْرِكُ فِي حُكْمِهِۦٓ أَحَدًا﴾ [الكهف:٢٦] وقال - تبارَك وتعالى - : ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [الأنعام:٥٧] ولكنّه يُظْهِرُ حُكْمَ اللَّه - عزّ وجلّ - المشروعَ في [هذه] [١] الحادِثةِ، ولِهذَا قَالَ رَسُولُ اللَّه ﷺ لِسَعْدِ بنِ مُعَاذٍ رضي الله عنه: «لَقد حَكَمْتَ بحُكْمِ اللَّهِ- تَعَالَى- من فوْقِ سَبْعةِ أرْقِعةٍ» [٢].

(وأمّا) الحديثُ فيحتملُ أنّه مَصْروفٌ إلى زَمانِ جوازِ وُرودِ النّسْخِ، وهو حالُ حياةِ النّبيِّ ﷺ لانعِدام استِقْرارِ الأحكام الشّرعيّةِ في حياتِه ﷺ، [نهى عن الإنزال على حكم الله تعالى] [٣] لِئَلّا يكونَ الإنْزالُ على الحُكْمِ المَنْسوخِ عَسَى؛ لاحتمالِ النّسْخِ فيما بينَ ذلك وقد انعَدَمَ هذا المعنى بعدَ وفاتِه ﷺ لِخُروجِ الأحكامِ عن احتمالِ النّسْخِ بوَفاتِه ﷺ.

وإذا جاز الإنْزالُ على حُكْمِ اللَّه سبحانه وتعالى عند أبي يوسفَ، فالخيارُ فيه إلى الإمامِ، فأيُّما كان أفضَلَ للمسلمينَ من القَتْلِ والسَّبْيِ والذِّمّةِ فُعِلَ؛ لأنّ كُلَّ ذلك حُكْمُ اللَّه - سبحانه وتعالى - المشروعُ للمسلمينَ في حَقِّ الكَفَرةِ فإنْ أسلَموا قبل الاختيارِ، فهم أحرارٌ مسلمونَ، لا سَبيلَ لأحدٍ عليهم وعلى أموالِهم، والأرضُ لهم، وهي عُشْريّةٌ وكذلك إذا جعلهم ذِمّةً فهم أحرارٌ، ويَضَعُ على أراضيهم الخراجَ فإنْ أسلَموا قبل تَوْظيفِ الخراج صارتْ عُشْريّةً، هذا إذا كان الإنْزالُ على حُكْمِ اللَّه - سبحانه وتعالى. فأمّا إذا كان على حُكْمِ العِبادِ بأنِ استَنْزَلوهم على حُكْمِ رجلٍ فهذا لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ:

(إمّا) أنِ استَنْزَلوهم [٤] على حُكْمِ رجلٍ مُعَيَّنٍ، بأنْ قالوا: على حُكْمِ فُلانٍ لِرجلٍ سَمَّوْه.

(وإمّا) أنِ استَنْزَلوهم [٥] على حُكْمِ رجلٍ غيرِ مُعَيَّنٍ.

فإنْ كان الاستنْزالُ على حُكْمِ رجلٍ [٦] مُعَيَّنٍ فنزَلوا على حُكْمِه، فحَكَمَ عليهم بشيءٍ مِمّا ذَكَرْنا، وهو رجلٌ عاقِلٌ مسلمٌ عَدْلٌ، غيرُ مَحْدودٍ في قَذْفٍ، جاز بالإجماعِ؛ لِما رويَ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) صحيح: أخرجه ابن جرير في تفسيره (٢١/ ١٥٣) من حديث سعدبن معاذ رضي‌الله عنه، انظر إرواء الغليل، رقم (١٤٥٣)، وأصل هذا الحديث في الصحيحين بلفظ آخر.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «استنزلوا».

(٥) في المخطوط: «استنزلوا».

(٦) زاد في المخطوط: «غير».

أنّ بَني قُرَيْظةَ لَمّا حاصَرَهم رسولُ اللَّه ﷺ خمسًا وعشرينَ ليلةً، استَنْزَلوا على حُكْمِ سَعْدِ بنِ مُعاذٍ، فحَكَمَ سَعْدٌ رضي الله عنه أنْ تُقْتَلَ رِجالُهم، وتُقْسَمَ أموالُهم، وتُسْبَى نِساؤُهم وذَرارِيُّهم فقَالَ رَسولُ اللَّه ﷺ: «لَقد حَكَمْتَ بحُكْمِ اللَّهِ- تَعالَى- من فوقِ سَبْعةِ أرْقعة» [١] فقد استصوَبَ رسولُ اللَّه ﷺ حُكْمَه، حيث أخْبَرَ عليه الصلاة والسلام أنّ ما حَكَمَ به حُكْمُ اللَّه - سبحانه وتعالى - لأنّ حُكْمَ اللَّه - سبحانه وتعالى - لا يكونُ إلاّ صَوابًا.

وليس للحاكِمِ أنْ يحكُمَ برَدِّهم إلى دارِ الحربِ فإنْ حَكَمَ فهو باطِلٌ؛ لأنّه حُكْمٌ غيرُ مشروعٍ لِما بَيَّنّا؛ لأنّهم [٢] بالرَّدِّ يَصيرونَ حَرْبيّينَ [٣] لَنا.

وإنْ كان الحاكِمُ عبدًا أو صَبيًّا لم يجُزْ حُكْمُه بالإجماعِ كان فاسقًا، أو مَحْدودًا في القَذْفِ، لم يجُزْ حُكْمُه عند أبي يوسفَ وعند محمّدٍ يجوزُ.

(وجه) قولِ محمّدٍ - رحمه الله - أنّ الفاسقَ يَصْلُحُ قاضيًا، فيَصْلُحُ حَكَمًا بالطَّريقِ الأولى.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ أنّ المَحْدودَ في القَذْفِ لا يَصْلُحُ حَكَمًا؛ لأنّه ليس من أهلِ الوِلايةِ، ولهذا لم يَصْلُحْ قاضيًا، وكذا الفاسقُ لا يَصْلُحُ حَكَمًا وإنْ صَلَحَ قاضيًا، لكنّه لا يَلْزَمُ قضاؤُه، ولهذا لو رُفِعَتْ قضيّةٌ [٤] إلى قاضٍ آخرَ، إنْ شاء أمضاه وإنْ شاء رَدَّه، وإنْ كان ذِمّيًّا جاز حُكْمُه في [٥] الكَفَرةِ؛ لأنّه من أهلِ الشَّهادةِ على جنسِه، وإنْ نَزَلوا على حُكْمِ رجلٍ يختارونَه، فاختاروا رجلاً فإنْ كان موضِعًا [٦] [٤/ ٢٣أ] للحُكْمِ جاز حُكْمُه. وإنْ (كان غيرَ موضِعٍ) [٧] للحُكْمِ لا يُقْبَلُ منهم حتّى يختاروا رجلاً [موضِعًا للحُكْمِ] [٨]، فإنْ لم يختاروا أبلَغَهم الإمامُ مَأمَنَهم؛ لأنّ النُّزولَ كان على شرطٍ، وهو حُكْمُ رجلٍ يختارونَه، فإذا لم يختاروا فقد بَقوا في يَدِ الإمامِ بالأمانِ، فيَرُدُّهم إلى مَأمَنِهم، إلاّ أنّه لا يَرُدُّهم إلى حِصْنٍ هو أحصَنُ من الأوّلِ، ولا إلى حَدٍّ [٩] يَمْتَنِعونَ به؛ لأنّ الرَّدَّ إلى المَأمَنِ

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «أنهم».
(٣) في المخطوط: «حربا».
(٤) في المخطوط: «قضيته».
(٥) في المخطوط: «على».
(٦) في المخطوط: «موضوعًا».
(٧) في المخطوط: «لم يكن موضوعًا».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «جند».

لِلتَّحَرُّجِ عن تَوَهُّمِ العُذْرِ، وأنّه يحصُلُ بالرَّدِّ إلى ما كانوا عليه، فلا ضرورةَ في الرَّدِّ إلى غيرِه، وإنْ نَزَلوا على حُكْمِ رجلٍ غيرِ مُعَيَّنٍ فللإمامِ أنْ يُعَيِّنَ رجلاً صالِحًا للحُكْمِ فيهم، أو يحكُمَ للمسلمينَ بنفسِه بما هو أفضَلُ لهم (١) واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

والثاني: الموادَعةُ وهي: المُعاهَدةُ والصُّلْحُ على تَرْكِ القِتالِ يُقالُ: تَوادَعَ الفريقانِ أي تَعاهَدا على أنْ لا يَغْزوَ كُلُّ واحدٍ منهما صاحبَه والكَلامُ في الموادَعةِ في مَواضِعَ: في بيانِ رُكْنِها، وشرطِها، وحُكْمِها، وصِفَتِها، وما (يُنْتَقضُ به) (٢).

أمّا رُكْنُها: فهو لَفْظةُ الموادَعةِ، أو المُسالَمةِ، أو المُصالَحةِ، أو المُعاهَدةِ، أو ما يُؤَدّي معنى هذه العِباراتِ.

وشرطُها الضَّرورةُ، وهي ضرورةُ استعدادِ القِتالِ، بأنْ كان بالمسلمينَ ضَعْفٌ، وبالكَفَرةِ قوّةُ المُجاوَزةِ (٣) إلى قَوْمٍ آخرينَ، فلا تجوزُ عند عَدَمِ الضَّرورةِ؛ لأنّ الموادَعةَ تَرْكُ القِتالِ المَفْروضِ، فلا يجوزُ إلاّ في حالٍ يَقَعُ وسيلةً إلى القِتالِ؛ لأنّها حينَئِذٍ تكونُ قِتالاً معنًى قال اللَّه - تبارَك وتعالى -: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوٓا إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ وَٱللَّهُ مَعَكُمْ﴾ [محمد:٣٥]. وعند تَحقُّقِ الضَّرورةِ لا بَأسَ به؛ لِقولِ اللَّه - تبارَك وتعالى -: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [الأنفال:٦١] وقد رويَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ وادَعَ أهلَ مَكّةَ [عامَ الحُدَيْبِيةِ] (٤) على أنْ توضَعَ الحربُ عَشْرَ سِنينَ (٥).

ولا يُشترَطُ إذنُ الإمامِ بالموادَعةِ، حتّى لو وادَعَهم غيرُ الإمامِ، أو فريقٌ من المسلمينَ من غيرِ إذنِ الإمامِ جازَتْ موادَعَتُهم؛ لأنّ المُعَوّلَ عليه كونُ عقدِ الموادَعةِ مَصْلَحةً للمسلمينَ وقد وُجِدَ.

ولا بَأسَ بأنْ يأخذَ المسلمونَ على ذلك جُعْلاً؛ لأنّ ذلك في معنى الجِزْيةِ، ويوضَعُ موضِعَ الخراجِ (٦) في بيتِ المالِ، ولا بَأسَ أنْ يَطْلُبَ المسلمونَ الصُّلْحَ من الكَفَرةِ

---

(١) في المخطوط: «للمسلمين».
(٢) في المخطوط: «تنتقض به».
(٣) في المخطوط: «أو المجاورة».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب: في صلح العدو، برقم (٢٧٦٦)، وأحمد، برقم (١٨٤٣١)، والحكيم الترمذي في نوادره (١/ ٣١٩) من حديث المسوربن مخرمة ومروانبن الحكم رضي‌الله عنهما، انظر صحيح سنن أبي داود.
(٦) في المخطوط: «الجزيات».

ويُعْطوا على ذلك مالاً إذا اضْطُرّوا إليه؛ لِقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١] أباحَ - سبحانه وتعالى - لَنا الصُّلْحَ مُطْلَقًا، فيجوزُ ببَدَلٍ (أو غيرِ)[١] بَدَلٍ، ولأنّ الصُّلْحَ على مالٍ لِدَفْعِ شرِّ الكَفَرةِ للحالِ، والاستعدادِ للقِتالِ في الثّاني من بابِ المُجاهَدةِ بالمالِ والنّفسِ، فيكونُ جائزًا.

وتجوزُ موادَعةُ المُرْتَدّينَ إذا غَلَبوا على دارٍ من دورِ (الإسلامِ، وخيفَ منهم، ولم تُؤمَنْ غائلَتُهم لِما فيه من مَصْلَحةِ دَفْعِ الشَّرِّ للحالِ، ورَجاءِ رُجوعِهم إلى الإسلامِ)[٢] وتَوْبَتِهم، ولا يُؤخَذُ منهم على ذلك مالٌ؛ لأنّ ذلك في معنى الجِزْيَةِ، ولا (يجوزُ أخْذُ)[٣] الجِزْيَةِ من المُرْتَدّينَ، فإنْ أخذ منهم شيئًا لا يُرَدُّ؛ لأنّه مالٌ غيرُ معصومٍ.

ألا تَرَى أنّ أموالَهم مَحَلٌّ للاستيلاءِ كأموالِ أهلِ الحربِ[٤]؟ وكذلك البغاةُ تجوزُ موادَعَتُهم؛ لأنّه لَمّا جازَتْ موادَعةُ الكَفَرةِ؛ فلأنْ[٥] تجوزَ موادَعةُ المسلمينَ أولى، ولكنْ لا يُؤخَذُ منهم على ذلك مالٌ؛ لأنّ المالَ المَأخوذَ على تَرْكِ القِتالِ، يكونُ في معنى الجِزْيَةِ، ولا تُؤخَذُ الجِزْيَةُ إلاّ من كافِرٍ.

(وأمّا) حُكْمُ الموادَعةِ فهو[٦] حُكْمُ الأمانِ المعروفِ وهو أنْ يأمَنَ الموادِعونَ على أنْفُسِهم وأموالِهم، ونِسائهم وذَراريِّهم؛ لأنّها عقدُ أمانٍ أيضًا.

ولو خرج قَوْمٌ من الموادَعينَ إلى بلدةٍ أُخرى ليستْ بينَهم وبينَ المسلمينَ موادَعةٌ، فغَزا المسلمونَ تلك البلدةَ، فهَؤُلاءِ آمِنونَ لا سَبيلَ لأحدٍ عليهم؛ لأنّ عقدَ الموادَعةِ أفادَ الأمانَ لهم فلا يُنْتَقضُ بالخُروجِ إلى موضِعٍ آخرَ، كما في الأمانِ المُؤَبَّدِ، وهو عقدُ الذِّمّةِ إنّه لا يَبْطُلُ بدُخولِ الذِّمّيِّ دارَ الحربِ كذا هذا، وكذلك لو دخل في دارِ الموادَعةِ رجلٌ من غيرِ دارِهم بأمانٍ، ثُمّ خرج إلى دارِ الإسلامِ بغيرِ أمانٍ فهو آمِنٌ؛ لأنّه لَمّا دخل دارَ الموادَعينَ بأمانِهم صار كواحدٍ من جُمْلَتِهم فلو عادَ إلى دارِه ثُمّ دخل دارَ الإسلامِ بغيرِ أمانٍ كان [فيْئًا][٧]، لَنا أنْ نَقْتُلَه ونَأسِرَه؛ لأنّه لَمّا رجع إلى دارِه فقد خرج من أنْ يكونَ من أهلِ دارِ الموادَعةِ، فبَطَلَ حُكْمُ الموادَعةِ في حَقِّه فإذا دخل دارَ الإسلامِ، فهذا حَرْبيٌّ دخل دارَ

(١) في المخطوط: «وبغير».
(٢) في المخطوط: «للمسلمين».
(٣) في المخطوط: «تؤخذ».
(٤) في المخطوط: «الحراب».
(٥) في المخطوط: «فلا».
(٦) في المخطوط: «فما هو».
(٧) ليست في المخطوط.

الإسلامِ ابتِداءً بغيرِ أمانٍ .

ولو أَسَرَ واحدٌ من الموادَعينَ أهلَ دارٍ أُخرى فغَزا المسلمونَ على تلك الدّارِ، كان فيْئًا، وقد ذَكَرْنا أنّه لو دخل إليهم تاجرٌ فهو آمِنٌ .

(ووجه) الفرْقِ أنّه لَمّا أَسَرَ فقد انقَطَعَ حُكْمُ دارِ الموادَعةِ في حَقِّه، وإذا دخل تاجرًا لم يَنْقَطِعْ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ .

(وأمّا) صِفةُ [٤/ ٢٣ب] عقدِ الموادَعةِ، فهو أنّه عقدٌ غيرُ لازمٍ مُحْتَمِلٌ لِلنّقْضِ، فللإمامِ أنْ يَنْبِذَ إليهم؛ لِقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال :٥٨] فإذا وصَلَ النّبْذُ إلى مَلِكِهم، فلا بَأسَ للمسلمينَ أنْ يَغْزوا عليهم؛ لأنّ المَلِك يُبَلِّغُ قَوْمَه ظاهرًا إلاّ إذا استَيْقَنَ المسلمونَ أنّ خَبَرَ النّبْذِ لم يَبْلُغْ قَوْمَه، ولم يَعْلَموا به، فلا أُحِبُّ أنْ يَغْزوا عليهم؛ لأنّ الخبَرَ إذا لم يَبْلُغْهم فهم على حُكْمِ الأمانِ الأوّلِ، فكان قِتالُهم مِنّا غَدْرًا وتَغْريرًا، وكذلك إذا كان النّبْذُ من جِهَتِهم بأنْ أرسَلوا إلينا رسولاً بالنّبْذِ، وأخْبَروا الإمامَ بذلك فلا بَأسَ للمسلمينَ أنْ يَغْزوا عليهم، لِما قُلْنا إلاّ إذا استَيْقَنَ المسلمونَ أنّ أهلَ ناحيةٍ منهم لم يَعْلَموا بذلك لِما بَيَّنّا .

ولو وادَعَ الإمامُ على جُعْلٍ، أخذه منهم، ثُمّ بَدا له أنْ يَنْقُضَ فلا بَأسَ به؛ لِما بَيَّنّا أنّه [عقدٌ] (١) غيرُ لازمٍ، فكان مُحْتَمِلاً لِلنّقْضِ، ولكنْ يَبْعَثُ إليهم بحِصّةِ (٢) ما بَقيَ من المُدّةِ من الجُعْلِ الّذي أخذه؛ لأنّهم إنّما أعطَوْه ذلك بمُقابَلةِ الأمانِ في كُلِّ المُدّةِ، فإذا فاتَ بعضُها لَزِمَ الرّدُّ بقدرِ الفائتِ .

هذا إذا وقَعَ (٣) الصُّلْحُ على أنْ يكونوا مُسْتَبْقينَ على أحكامِ الكُفْرِ .

(فأمّا) إذا وقَعَ الصُّلْحُ على أنّه (٤) يُجْري عليهم أحكامَ الإسلامِ فهو لازمٌ، لا يحتملُ النّقْضَ؛ لأنّ الصُّلْحَ الواقِعَ على هذا الوجه عقدُ ذِمّةٍ، فلا يجوزُ للإمامِ أنْ يَنْبِذَ إليهم واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ .

(وأمّا) بيانُ ما يُنْقضُ به عَقْدُ الموادَعةِ، فالجُمْلةُ فيه أنّ عقدَ الموادَعةِ (إمّا) أنْ كان مُطْلَقًا عن الوقتِ .

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «حصة».
(٣) في المخطوط: «وضع».
(٤) في المخطوط: «أن».

(وإمّا) أنْ كان موَقَّتًا بوقتٍ معلومٍ فإنْ كان مُطْلَقًا عن الوقتِ فالذي يُنْتَقضُ به نوعانِ: نَصٌّ ودَلالةٌ فالنَّصُّ، هو النَّبْذُ من الجانِبين صَريحًا.

(وأمّا) الدَّلالةُ، فهي أنْ يوجدَ منهم ما يَدُلُّ على النَّبْذِ، نحوُ أنْ يخرُجَ قَوْمٌ من (دارِ الموادَعةِ بإذنِ) [١] الإمامِ ويَقْطَعوا [٢] الطَّريقَ في دارِ الإسلامِ؛ [لأنّ إذنَ الإمامِ بذلك دَلالةُ النّبْذِ.

ولو خرج قَوْمٌ من غيرِ إذنِ الإمامِ، فقَطَعوا الطَّريقَ في دارِ الإسلامِ] [٣] فإنْ كانوا جماعةً لا مَنَعةَ لهم، لا يكونُ ذلك نَقْضًا للعَهْدِ؛ لأنّ قَطْعَ الطَّريقِ بلا مَنَعةٍ [٤] لا يَصْلُحُ دَلالةً لِلنّقْضِ.

ألا تَرَى أنّه لو نَصَّ واحدٌ منهم على النَّقْضِ لا يُنْتَقضُ؟ كما في الأمانِ المُؤَبَّدِ، وهو عقدُ الذِّمّةِ، وإنْ كانوا جماعةً لهم مَنَعةٌ فخَرَجوا بغيرِ إذنِ الإمامِ ولا إذنِ أهلِ مملكتِه، فالمَلِكُ وأهلُ مملكتِه على موادَعَتِهم؛ لانعِدامِ دَلالةِ النَّقْضِ [في حَقِّهم، ولكنْ يُنْتَقضُ العهْدُ فيما بينَ القُطّاعِ، حتّى يُباحَ قَتْلُهم واستِرْقاقُهم؛ لِوُجودِ دليلِ النَّقْضِ] [٥] منهم، وإنْ كان موَقَّتًا بوقتٍ معلومٍ، يَنْتَهي العهْدُ بانتِهاءِ الوقتِ من غيرِ الحاجةِ إلى النَّبْذِ، حتّى كان للمسلمينَ أنْ يَغْزوا عليهم؛ لأنّ العقدَ المُؤَقَّتَ إلى غايةٍ يَنْتَهي بانتِهاءِ الغايةِ من غيرِ الحاجةِ إلى النّاقِضِ، ولو كان واحدٌ منهم دخل دار الإسلامِ بالموادَعةِ المُؤَقَّتةِ، فمضى الوقتُ وهو في دارِ الإسلامِ، فهو آمِنٌ حتّى يرجعَ إلى مَأمَنِه؛ لأنّ التّعَرُّضَ له يوهِمُ [٦] الغدْرَ والتّغْريرَ، فيجبُ التّحَرُّزُ عنه ما أمكَنَ، واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(وأمّا) الأمانُ المُؤَبَّدُ فهو المُسَمَّى بعقدِ الذِّمّةِ، والكَلامُ فيه في مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ العقدِ.

وفي بيانِ شرائطِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ حُكْمِ العقدِ.

---

(١) في المخطوط: «دارهم بغير إذن».
(٢) في المخطوط: «فقطعوا».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «منفعة».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «يوجب».

وفي بيانِ صِفةِ العقدِ.

وفي بيانِ ما يُؤخَذُ به أهلُ الذِّمّةِ، وما يتعَرَّضُ له وما لا يتعَرَّضُ له.

(أمّا) رُكْنُ العقدِ فهو نوعانِ: نَصٌّ ودَلالةٌ.

(أمّا) النّصُّ فهو لَفْظٌ يَدُلُّ عليه، [وهو لَفْظُ العهْدِ والعقدِ على وجهٍ مَخْصوصٍ، (وأمّا) الدَّلالةُ فهي فعلٌ يَدُلُّ على] [١] قَبولِ الجِزْيةِ نحوُ أنْ يدخلَ حَرْبيٌّ في دارِ الإسلامِ بأمانٍ، فإنْ أقام بها سنةً بعدَما تَقَدَّمَ إليه في أنْ يخرُجَ أو يكونَ ذِمّيًا، والأصلُ أنّ الحربيَّ إذا دخل دارَ الإسلامِ بأمانٍ، يَنْبَغي للإمامِ أنْ يتقَدَّمَ إليه، فيَضْرِبَ له مُدّةً معلومةً على حَسَبِ ما يقتضي رأيُه ويقولَ له: إنْ جاوَزْتَ المُدّةَ جَعَلْتُك من أهلِ الذِّمّةِ فإذا جاوَزَها صار ذِمّيًا؛ لأنّه لَمّا قال له ذلك فلم يخرُجْ حتّى مَضَتِ المُدّةُ، فقد رَضيَ بصَيْرورَتِه ذِمّيًا، فإذا أقام سنةً من يومِ قال له الإمامُ، أخذ منه الجِزْيةَ ولا يَتْرُكُه يرجعُ إلى وطَنِه قبل ذلك، وإنْ خرج قبل تَمامِ السَّنةِ فلا سَبيلَ عليه.

ولو قال الإمامُ عند الدُّخولِ: ادْخُلْ ولا تمكُثْ سنةً فمَكَثَ سنةً، صار ذِمّيًا، ولا يُمَكَّنُ من الرُّجوعِ إلى وطَنِه لِما قُلْنا.

ولو اشترى المُسْتأمَنُ (أرضًا خراجيّةً) [٢]، فإذا وضَعَ عليه الخراجَ صار ذِمّيًا؛ لأنّ وظيفةَ الخرّاجِ يختَصُّ بالمُقامِ في دارِ الإسلامِ، فإذا قَبِلَها فقد رَضيَ بكونِه من أهلِ دارِ الإسلامِ، فيَصيرُ ذِمّيًا.

ولو باعها قبل أنْ يجبيَ [٣] خَراجَها، (لا يَصيرُ) [٤] ذِمّيًا؛ لأنّ دليلَ قَبولِ الذِّمّةِ، وُجوبُ الخراجِ لا نفسُ الشّراءِ فما لم يوضَعْ عليه الخراجُ لا يَصيرُ ذِمّيًا.

ولو استأجَرَ أرضًا خَراجيّةً فزرَعَها لم يصرْ ذِمّيًا؛ لأنّ [٤/ ٢٤أ] الخراجَ على الآجِرِ دونَ المُسْتأجِرِ، فلا يَدُلُّ على التِزامِ الذِّمّةِ إلاّ إذا كان خَراجًا مُقاسَمةً، فإذا أخْرَجَتِ الأرضُ وأخذ الإمامُ الخراجَ من الخارِجِ وضَعَ عليه الجِزْيةَ، وجعله ذِمّيًا، ولو اشترى المُسْتأمَنُ أرضَ المُقاسَمةِ، وأجَّرَها من رجلٍ من المسلمينَ، فأخذ [٥] الإمامُ الخراجَ من

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «أرض خراج».

(٣) في المخطوط: «يجب».

(٤) في المخطوط: «لم يصر».

(٥) في المخطوط: «فإذا أخذ».

ذلك لا يَصيرُ المُسْتأمَنُ ذِمّيًا لِما بَيّنّا أنّ نفسَ الشّراءِ لا يَدُلُّ على الالتِزامِ، بل دليلُ الالتِزامِ هو وُجوبُ الخراج عليه ولم يجبْ، ولو اشترى الحربيُّ المُسْتأمَنُ أرضَ خَراجٍ فزرَعَها، فأخْرَجَتْ زَرْعًا، فأصابَ الزَّرْعَ آفةٌ، أنّه لا يَصيرُ ذِمّيًا؛ لأنّه إذا أصابَ الزَّرْعَ آفةٌ لم يجبِ الخراجُ، فصار كأنّه لم يَزْرَعْها فبَقِيَ نفسُ الشّراءِ، وإنّه لا يَصْلُحُ دليلَ قَبولِ الذِّمّةِ.

ولو وجَبَ على المُسْتأمَنِ الخراجُ في أقَلَّ من سنةٍ مُنْذُ يوم مَلَكها، صار ذِمّيًا [حينَ وُجوبِ الخراجِ، ويُؤخَذُ منه خَراجُ رأسِه بعدَ سنةٍ مُسْتقبَلةٍ؛ لأنّه بوُجوبِ خَراجِ الأرضِ صار ذِمّيًا] (١) كان عقدُ الذِّمّةِ نَصًّا، فيُعْتَبَرُ ابتِداءُ العقدِ من حينِ وُجوبِ الخراجِ، فيُؤخَذُ خَراجُ الرَّأسِ بعدَ تَمامِ السَّنةِ من ذلك الوقتِ.

ولو تزوّجَتِ الحربيّةُ المُسْتأمَنةُ في دارِ الإسلامِ ذِمّيًا، صارتْ ذِمّيّةً ولو تزوّجَ الحربيُّ المُسْتأمَنُ في دارِ الإسلامِ ذِمّيّةً لم يصرْ ذِمّيًا.

(ووجه) الفرْقِ أنّ المرأةَ تابِعةٌ لِزوجِها، فإذا تزوّجَتْ بذِمّيٍّ فقد رَضيَتْ بالمُقامِ في دارِنا، فصارتْ ذِمّيّةً تَبَعًا لِزوجِها فأمّا الزَّوْجُ فليس بتابِعٍ للمرأةِ، فلا يكونُ تَزَوُّجه إيّاها دليلَ الرّضا بالمُقامِ في دارِنا (٢)، فلا يَصيرُ ذِمّيًا واللّهُ - تعالى - أعلمُ.

(وأمّا) شرائطُ الرُّكْنِ فأنواعٌ:

(منها) (٣) أنْ لا يكونَ المُعاهَدُ من مُشْرِكي العرَبِ، فإنّه لا يُقْبَلُ منهم إلاّ الإسلامُ أو السَّيْفُ لقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥] أمَرَ - سبحانه وتعالى - بقَتْلِ المُشْرِكينَ، ولم يأمُرْ بتخليةِ سَبيلِهم إلاّ عند تَوْبَتِهم، وهي الإسلامُ ويجوزُ عقدُ الذِّمّةِ مع أهلِ الكتابِ؛ لِقولِ اللّه - تَبارَك وتعالى -: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ﴾ [التوبة: ٢٩] الآيةَ وسواءٌ كانوا من العرَبِ، أو من العجمِ؛ لِعُمومِ النّصِّ ويجوزُ مع المَجوسِ؛ لأنّهم مُلْحَقونَ بأهلِ الكتابِ في حَقِّ الجِزْيةِ لِمَا رُوِيَ عن رَسُولِ اللّه ﷺ أنه قَالَ فِي المَجُوسِ: «سُنُّوا بهم سُنّةَ أهْلِ الكِتَابِ» (٤).

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «دار الإسلام».
(٣) في المخطوط: «أحدها».
(٤) ضعيف: أخرجه مالك، برقم (٦١٧)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٧٢)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٠٩)، والبزار في مسنده (٣/ ٢٦٥)، برقم (١٠٥٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/ ٦٩)، ....=

وكذلك فعَلَ سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه بسوادِ العِراقِ وضرب الجِزْيةَ على جماجِمِهم، والخراجَ على أراضيهم.

ثُمّ وجه الفرْقِ بينَ مُشْرِكي العرَبِ وغيرِهم [1] من أهلِ الكتابِ ومُشْرِكي العجمِ، أنّ أهلَ الكتابِ إنّما تُركوا بالذِّمّةِ وقَبولِ الجِزْيةِ لا لِرَغْبةٍ فيما يُؤخَذُ منهم، أو طَمَعٍ في ذلك، بل لِلدَّعْوةِ إلى الإسلامِ لِيُخالطوا المسلمينَ، فيتأمّلوا في مَحاسنِ الإسلامِ وشرائعِه، ويَنْظُروا فيها فيرَوْها مُؤَسَّسةً على ما تحتمِلُه العُقولُ وتقبَلُه، فيَدْعوهم ذلك إلى الإسلامِ، فيَرْغَبونَ فيه، فكان عقدُ الذِّمّةِ لِرَجاءِ الإسلامِ، وهذا المعنى لا يحصُلُ بعقدِ الذِّمّةِ مع مُشْرِكي العرَبِ؛ لأنّهم أهلُ تقليدٍ وعادةٍ، لا يَعْرِفونَ سِوَى العادةِ وتقليدِ الآباءِ، بل يَعُدّونَ ما سِوَى ذلك سُخْريةً وجُنونًا، فلا يَشتغِلونَ بالتّأمُّلِ والنّظَرِ في مَحاسنِ الشَّريعةِ لِيَقِفوا عليها فيَدْعوهم إلى الإسلامِ فتَعَيَّنَ السَّيْفُ داعيًا لهم إلى الإسلامِ، ولهذا لم يَقْبل رسولُ اللّه ﷺ منهم الجِزْيةَ، ومُشْرِكوا العرب مُلْحَقونَ بأهلِ الكتابِ في هذا الحُكْمِ بالنّصِّ الذي رَوَيْنا.

(ومنها): أنْ لا يكونَ مُرْتَدًّا فإنّه لا يُقْبَلُ من المُرْتَدِّ أيضًا إلاّ الإسلامُ، أو السَّيْفُ؛ لِقولِ اللّه - تبارَك وتعالى -: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح:١٦] قيلَ: إنّ الآيةَ نَزَلَتْ في [أهلِ] [2] الرِّدّةِ من بَني حنيفةَ، ولأنّ العقدَ في حَقِّ المُرْتَدِّ لا يَقَعُ وسيلةً إلى الإسلامِ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه لا يَنْتَقِلُ عن دينِ الإسلام بعدَما عَرَفَ مَحاسنَه وشرائعَه المَحْمودةَ في العُقولِ إلاّ لِسوءِ اختيارِه وشُؤمِ طَبْعِه، فيَقَعُ اليأسُ عن فلاحه، فلا يكونُ عقدُ الذِّمّةِ وقَبولُ الجِزْيةِ في حَقِّه وسيلةً إلى الإسلامِ واللّه - تعالى - أعلَمُ.

(وأمّا) الصّابِئونَ فيُعْقَدُ لهم عقدُ الذِّمّةِ؛ لِما ذَكَرْنا في كتابِ النّكاح [3]: عند أبي حنيفةَ قَوْمٌ من أهلِ الكتابِ يَقْرَءونَ الزّبورَ.

وعندهما: هم قَوْمٌ يَعْبُدونَ الكَواكِبَ، فكانوا في حُكْمِ عَبَدةِ الأوثانِ، فتُؤخَذُ منهم

=برقم (١٠٠٢٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢/ ٤٣٥)، برقم (١٠٧٦٥) من حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه. انظر إرواء الغليل، رقم (١٢٤٨).

(١) في المخطوط: «وبين غيرهم».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) زاد في المخطوط: «أن».

الجِزْيةُ إذا كانوا من العجمِ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(ومنها): أنْ يكونَ مُؤَبَّدًا فإنْ وقَّتَ له وقتًا لم يصحَّ عقدُ الذِّمّةِ؛ لأنّ عقدَ الذِّمّةِ في إفادةِ العِصْمةِ كالخلَفِ عن عقدِ الإسلامِ، وعقدُ [٤/ ٢٤ب] الإسلامِ لا يصحُّ إلاّ مُؤَبَّدًا، فكذا عقدُ الذِّمّةِ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ حُكْمِ العقدِ فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقِ: إنّ لِعقدِ الذِّمّةِ أحكامًا:

(منها) عِصْمةُ النّفسِ لقوله تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ إلى قولِه - عزّ وجلّ -: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] نَهَى - سبحانه وتعالى - إباحةَ القِتالِ إلى غايةِ قَبولِ الجِزْيةِ، وإذا انتَهتِ الإباحةُ، تَثْبُتُ العِصْمةُ ضرورةً.

(ومنها) عِصْمةُ المالِ؛ لأنّها تابِعةٌ لِعِصْمةِ النّفسِ.

وعن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: إنّما قَبِلوا عقدَ الذِّمّةِ؛ لِتكونَ أموالُهم كأموالِنا، ودِماؤُهم كدِمائنا.

[ومنها وجوب الجزية] (١) والكَلامُ في وُجوبِ الجِزْيةِ في مَواضِعَ:

في بيانِ سببِ وُجوبِ الجِزْيةِ.

وفي بيانِ شرائطِ الوُجوبِ.

وفي بيانِ وقتِ الوُجوبِ.

وفي بيانِ مقدارِ الواجبِ.

وفي بيانِ ما يَسْقُطُ (٢) به بعدَ الوُجوبِ.

(أمّا) الأوّلُ فسببُ وُجوبِها عقدُ الذِّمّةِ.

وأمّا شرائطُ الوُجوبِ فأنواعٌ: (منها) العقلُ.

(ومنها) البلوغُ.

(ومنها) الذُّكورةُ، فلا تجِبُ على الصِّبْيانِ والنِّساءِ والمَجانينِ؛ لأنّ اللَّهَ - سبحانه وتعالى - أوجَبَ الجِزْيةَ على مَنْ هو من أهلِ القِتالِ بقولِه تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «تسقط».

يؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [التوبة :٢٩] الآيةَ والمُقاتَلةُ مُفاعَلةٌ من القِتالِ [فتستَدْعي أهليّةِ القِتالِ من الجانِبين، فلا تجِبُ على مَنْ ليس من أهلِ القِتالِ] [(١)]، وهَؤُلاءِ ليسوا من أهلِ القِتالِ فلا تجِبُ عليهم.

(ومنها) الصّحّةُ، فلا تجِبُ على المَريضِ إذا مَرِضَ السَّنةَ كُلَّها؛ لأنّ المَريضَ لا يَقْدِرُ على القِتالِ، وكذلك إنْ مَرِضَ أكثرَ السَّنةِ، وإنْ صَحَّ أكثرَ السَّنةِ وجَبَتْ؛ لأنّ للأكثرِ حُكْمَ الكُلِّ.

(ومنها) السَّلامةُ عن الزَّمانةِ والعمَى والكِبَرِ في ظاهرِ الرّوايةِ، فلا تجِبُ على الزَّمِنِ والأعمَى والشّيخِ الكَبيرِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّها ليستْ بشرطٍ، وتجِبُ على هَؤُلاءِ إذا كان لهم مالٌ، والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرّوايةِ؛ لأنّ هَؤُلاءِ ليسوا من أهلِ القِتالِ عادةً.

ألا تَرَى أنّهم لا يُقْتَلونَ؟ وكذا الفقيرُ الذي لا يَعْتَمِلُ لا قُدْرةَ له لأنّ مَنْ لا يَقْدِرُ على العمَلِ لا يكونُ من أهلِ القِتالِ.

(وأمّا) أصحابُ الصّوامِعِ فعليهم الجِزْيةُ إذا كانوا قادِرينَ على العمَلِ؛ لأنّهم من أهلِ القِتالِ، (فعَدَمُ العمَلِ) [(٢)] مع القُدْرةِ على العمَلِ لا يمنعُ الوُجوبَ، كما إذا كان له أرضٌ خَراجيّةٌ [(٣)] فلم يَزْرَعْها مع القُدْرةِ على الزِّراعةِ، لا يَسْقُطُ عنه الخراجُ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(ومنها) الحُرّيّةُ، فلا تجِبُ على العبدِ؛ لأنّ العبدَ ليس من أهلِ مِلْكِ المالِ، وأمّا وقتُ الوُجوبِ فأوّلُ السَّنةِ؛ لأنّها تجِبُ (لِحَقْنِ الدَّمِ) [(٤)] في المُسْتقبَلِ، فلا تُؤَخَّرُ إلى آخِرِ السَّنةِ، ولكنْ تُؤخَذُ في كُلِّ شهرٍ من الفقيرِ درهمٌ، ومن المُتَوَسِّطِ درهمانِ، ومن الغنيِّ أربعةُ دراهمَ.

(وأمّا) بيانُ مقدارِ الواجبِ فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقُ: الجِزْيةُ على ضرْبينِ: جِزْيةٌ توضَعُ بالتّراضي، وهو الصُّلْحُ، وذلك يتقَدَّرُ بقدرِ ما وقَعَ عليه الصُّلْحُ، كما صالَحَ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «فإن لم يعملوا».

(٣) في المخطوط: «خراج».

(٤) في المخطوط: «ليحقن الذمة».

رسولُ اللَّه ﷺ أهلَ [(١)] نَجْرانَ على ألفٍ ومائتَيْ حُلّةٍ [(٢)] وجِزْية يَضَعُها الإمامُ عليهم من غيرِ رضاهم، بأنْ ظَهَرَ الإمامُ على أرضِ الكُفّارِ، وأقَرَّهم على أملاكِهم، وجعلهم ذِمّةً، وذلك على ثلاثةِ مَراتِبَ؛ لأنّ الذِّمّةَ ثلاثُ طَبَقاتٍ: أغْنياءُ، وأوساطٌ، وفُقَراءُ، فيَضَعُ على الغنيِّ ثَمانيةً وأربعينَ درهمًا، وعلى الوسَطِ أربعةً وعشرينَ درهمًا، وعلى الفقيرِ المُعْتَمِلِ اثني عشرَ درهمًا كذا رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه أمَرَ عُثْمانَ بنَ حُنَيْفٍ حينَ بَعَثَه إلى السَّوادِ أنْ يَضَعَ هَكذا وكان ذلك (من سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه بمَحْضرٍ من الصّحابةِ) [(٣)] من المُهاجرينَ والأنْصارِ رضي الله عنهم ولم يُنْكِرْ عليه أحدٌ، فهو كالإجماعِ على ذلك مع ما أنّه لا يحتملُ أنْ يكونَ من سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه رأيًا؛ لأنّ المُقَدَّراتِ سَبيلُ معرفَتِها التّوْقيفُ والسَّمْعُ لا العقلُ، فهو كالمسموعِ من رسولِ اللَّه ﷺ.

ثُمّ اختُلِفَ في تفسيرِ الغنيِّ في هذا البابِ، والوسَطِ، والفقيرِ.

قال بعضهم: مَنْ لم يَمْلِكْ نِصابًا تجِبُ [(٤)] في مثلِه الزَّكاةُ على المسلمينَ، وهو مائتا درهمٍ، فهو فقيرٌ، ومَنْ مَلَك مائتَيْ درهمٍ فهو من الأواسطِ، ومَنْ مَلَك أربعةَ آلافِ درهمٍ فصاعِدًا فهو من الأغْنياءِ، لِما رويَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ وعبدِ اللَّه ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ - رضي الله تعالى عنهم - أنّهما قالا: أربعة (آلافِ درهمٍ) [(٥)] فما دونَها نَفَقةٌ، وما فوْقَ ذلك كنْزٌ [(٦)].

وقيلَ: مَنْ مَلَك مائتَيْ درهمٍ إلى عَشْرةِ آلافِ [(٧)] فما دونَها فهو من الأوساطِ ومَنْ مَلَك زيادةً على عشرةِ آلافِ [(٨)] فهو من الأغْنياءِ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(وأمّا) ما يُسْقِطُها بعدَ الوُجوبِ فأنواعٌ:

---

(١) في المخطوط: «بني».

(٢) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: في أخذ الجزية، برقم (٣٠٤١)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ١٩٥)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٤٥) من حديث عبداللهبن عباس رضيالله عنهما، انظر ضعيف سنن أبي داود.

(٣) في المخطوط: «بمحضر من عمر».

(٤) في المخطوط: «يجب».

(٥) في المخطوط: «ألف».

(٦) لم أقف عليه بهذا النحو، ولكن أخرج ابن جرير نحوه (١٠/ ١١٨-١١٩).

(٧) في المخطوط: «ألف».

(٨) في المخطوط: «ألف».

(منها) الإسلامُ (ومنها) الموتُ عندنا، فإنّ الذِّمّيَّ إذا أسلَمَ أو مات سَقَطَتِ الجِزْيَةُ، عندنا [٤/ ٢٥أ] (١).

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - لا تسقُطُ بالموتِ والإسلامِ (٢).

(وجه) قولِه أنّ الجِزْيةَ وجَبَتْ عِوَضًا عن العِصْمةِ بقولِه تعالى: ﴿قَٰتِلُوا ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة:٢٩] إلى قولِه - جَلَّ شَأنُه -: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا ٱلْجِزْيَةَ [عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ] (٣) ﴾ أباحَ - جَلَّتْ عَظَمَتُه - دِماءَ أهلِ القِتالِ ثُمّ حَقَنَها بالجِزْيةِ، فكانت الجِزْيةُ عِوَضًا عن حَقْنِ الدَّمِ، وقد حَصَلَ (له العِوَضُ) (٤) في الزَّمانِ الماضي، فلا يَسْقُطُ عنه العِوَضُ.

(ولَنا) ما رُوِيَ عن رَسُولِ اللّه ﷺ أنّه قَالَ: «ليس على مسلم جِزيةٌ» (٥) وعن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه رفع الجِزْيةَ بالإسلامِ، فقال: واللّه إنّ في الإسلامِ لَمَعاذًا إنْ فعَلَ ولأنّها وجَبَتْ وسيلةً إلى الإسلامِ، فلا تَبْقَى بعدَ الإسلامِ والموتِ، كالقِتالِ [والدليل] (٦) على أنّها وجَبَتْ وسيلةً إلى الإسلامِ أنّ الإسلامَ فُرِضَ بالنُّصوصِ والجِزْيةُ تَتَضَمَّنُ تَرْكَ القِتالِ، فلا يجوزُ شرْعُ عقدِ الذِّمّةِ والجِزْيةِ الذي فيه تَرْكُ القِتالِ إلاّ لِما شُرِعَ له القِتالُ، وهو التَّوَسُّلُ إلى الإسلامِ، وإلاّ فيكونُ تَناقُضًا، والشَّريعةُ لا تَتَناقضُ وتَعَذَّرَ تحقيقُ معنى التَّوَسُّلِ بعدَ الموتِ والإسلامِ، فيَسْقُطُ ضرورةً.

وقوله: إنّها وجَبَتْ عِوَضًا عن حَقْنِ الدَّمِ ممنوعٌ بل ما وجَبَتْ إلاّ وسيلةً إلى الإسلامِ؛ لأنّ تمكينَ الكَفَرةِ في دارِ الإسلامِ، وتَرْكَ قِتالِهم مع قولِهم في اللّه ما لا يَليقُ بذاتِه

---

(١) انظر في مذهب الأحناف: تحفة الفقهاء (٣/ ٣٠٨)، مختصر الطحاوي (ص ٢٩٤)، المبسوط (١٠/ ٨٠)، رؤوس المسائل (ص ٥٠٧)، شرح فتح القدير (٦/ ٥٢-٥٥).

(٢) ومذهب الشافعية: تؤخذ الجزية من تركة الميت الذمي بعد مضي السنة وإذا أسلم الذمي لا تسقط عنه الجزية، انظر: الأم (٤/ ١٨٣)، مختصر المزني (ص ٢٧٧)، الوسيط (٧/ ٧٠)، الروضة (١٠/ ٣١٢)، المنهاج (ص ١٣٨).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «المعوض».

(٥) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: في الذمي يسلم في بعض السنة هل عليه جزية، برقم (٣٠٥٣)، والترمذي بنحوه، برقم (٦٣٣)، وأحمد، برقم (١٩٥٠) من حديث عبداللهبن عباس رضي‌الله عنهما، انظر إرواء الغليل، رقم (١٢٥٧).

(٦) زيادة من المخطوط.

وصِفاتِه - تَبارَك وتعالى - للوُصولِ إلى عَرَضٍ [١] يَسيرٍ من الدُّنيا، خارِجٌ عن الحُكْمِ والعقلِ.

فأمّا التَّوَسُّلُ إلى الإسلامِ، وإعدامُ الكَفَرةِ فمعقولٌ، مع ما أنّها إنْ وجَبَتْ لِحَقْنِ الدَّمِ، فإنّما تجِبُ كذلك في المُسْتقبَلِ، وإذا صار دَمُه [٢] مَحْقونًا فيما مضى فلا يجوزُ أخْذُ الجِزْيةِ لأجلِه فتسقُطُ [٣].

(ومنها) مُضيُّ سنةٍ تامّةٍ، ودُخولُ سنةٍ أُخرى [عند أبي حنيفةَ وعندهما لا تسقُطُ، حتّى إنّه إذا مضى على الذِّمّةِ سنةٌ كامِلةٌ ودخلتْ سنةٌ أُخرى] [٤] قبل أنْ يُؤَدّيَها الذِّمّيُّ تُؤخَذُ منه لِلسَّنةِ المُسْتقبَلةِ، ولا تُؤخَذُ لِلسَّنةِ الماضيةِ عنده وعندهما تُؤخَذُ لِما مضى ما دامَ ذِمّيًّا والمسألةُ تُعْرَفُ بالمَوانيد [٥] أنّها تُؤخَذُ أم لا؟.

(وجه) قولِهما أنّ الجِزْيةَ أحدُ نوعَيِ الخراج فلا تسقُطُ بالتّأخيرِ إلى سنةٍ أُخرى استِدْلالاً بالخراج الآخرِ، وهو خَراجُ الأرضِ؛ وهذا لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما دَيْنٌ، فلا يسقُطُ بالتّأخيرِ كسائرِ الدُّيونِ.

ولأبي حنيفةَ - رحمه الله - وجهانِ:

(احدُهما): أنّ الجِزْيةَ ما وجَبَتْ إلاّ لِرَجاءِ الإسلامِ، وإذا لم يوجدْ حتّى دخلتْ سنةٌ أُخرى، انقطَعَ الرَّجاءُ [٦] فيما [٧] مضى، وبَقيَ الرَّجاءُ في المُسْتقبَلِ، فيُؤخَذُ لِلسَّنةِ المُسْتقبَلةِ.

والثّاني: أنّ الجِزْيةَ إنّما جُعِلَتْ لِحَقْنِ الدَّمِ [٨] في المُسْتقبَلِ، فإذا صار دَمُه مَحْقونًا في السَّنةِ الماضيةِ، فلا تُؤخَذُ الجِزْيةُ لأجلِها؛ لانعِدامِ الحاجةِ إلى ذلك كما إذا أسلَمَ أو مات تسقُطُ عنه الجِزْيةُ؛ لِعَدَمِ الحاجةِ إلى الحقْنِ بالجِزْيةِ كذا هذا والاعتِبارُ بخَراجِ الأرضِ غيرُ سَديدٍ، فإنّ المَجوسيَّ إذا أسلَمَ بعدَ مُضيِّ السَّنةِ لا يَسْقُطُ عنه خَراجُ الأرضِ، ويَسْقُطُ عنه

---

(١) في المخطوط: «غرض».
(٢) في المخطوط: «ذمة».
(٣) في المخطوط: «فيسقط».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في هامش المطبوع: «وفي نسخة هكذا: بالموانية».
(٦) زاد في المخطوط: «فلا يوجد».
(٧) في المخطوط: «لما».
(٨) في المخطوط: «الذمة».

خَراجُ الرَّأسِ بلا خلافٍ بينَ أصحابِنا - رحمهم الله - وبِه تَبَيَّنَ أنّ هذا ليس كسائرِ الدُّيونِ، فبَطَلَ الاعتِبارُ بها واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(وأمّا) صِفةُ العقدِ فهو [١] أنّه لازِمٌ في حَقِّنا حتّى لا يَمْلِك المسلمونَ نَقْضَه بحالٍ من الأحوالِ.

وأمّا في حَقِّهم فغيرُ لازِمٍ بل يحتملُ الانتِفاعَ [٢] في الجُمْلةِ؛ لكنّه لا يَنْتَقِضُ إلاّ بأحدِ أُمورٍ ثلاثةٍ:

احدُها: أنْ يُسْلِمَ الذِّمّيُّ لِما مَرَّ أنّ الذِّمّةَ عُقِدَتْ وسيلةً إلى الإسلامِ، وقد حَصَلَ المقصودُ.

والثّاني: أنْ يَلْحَقَ بدارِ الحربِ؛ لأنّه إذا لَحِقَ بدارِ الحربِ صار بمنزلةِ المُرْتَدِّ، إلاّ أنّ الذِّمّيَّ إذا لَحِقَ بدارِ الحربِ يُسْتَرَقُّ، والمُرْتَدُّ إذا لَحِقَ بدارِ الحربِ لا يُسْتَرَقُّ لِما نذكرُه إنْ شاء - اللَّه تعالى.

والثّالِث: أنْ يَغْلِبوا على موضِعٍ فيُحارِبونَ؛ لأنّهم إذا فعَلوا ذلك فقد صاروا أهلَ الحربِ ويُنْتَقضُ العهْدُ ضرورةً، ولو امتَنَعَ الذِّمّيُّ من إعطاءِ الجِزْيةِ لا يُنْتَقضُ عَهْدُه؛ لأنّ الامتناعَ [٣] يحتملُ أنْ يكونَ لِعُذْرِ العدَمِ فلا يُنْتَقضُ العهْدُ بالشَّكِّ والاحتمالِ.

وكذلك لو سَبَّ النّبيَّ ﷺ لا يُنْتَقضُ عَهْدُه؛ لأنّ هذا زيادةُ كُفْرٍ [٤] على كُفْرٍ، والعهْدُ يَبْقَى مع أصلِ الكُفرِ فيَبْقَى مع الزّيادةِ، وكذلك لو قَتَلَ مسلمًا أو زَنَى بمسلمةٍ؛ لأنّ هذه مَعاصٍ ارتكَبوها وهي دونَ الكُفْرِ في القُبْحِ والحُرْمةِ (ثُمّ بَقِيَتِ) [٥] الذِّمّةُ مع الكُفْرِ، فمع المعصيةِ [٦] أولى واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ ما يُؤخَذُ به أهلُ الذِّمّةِ، وما يتعَرَّضُ له وما لا يتعَرَّضُ [٧] فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقِ: إنّ أهلَ الذِّمّةِ يُؤخَذونَ [٤/ ٢٥ب] بإظهارِ عَلاماتٍ يُعْرَفونَ بها، ولا يُتْرَكونَ يتشَبَّهونَ [٨] بالمسلمينَ في لِباسهم ومركَبِهم وهَيْئَتِهم، فيُؤخَذُ الذِّمّيُّ بأنْ يجعلَ على

---

(١) في المخطوط: «فهي».
(٢) في المخطوط: «الانتقاض».
(٣) في المخطوط: «الاحتمال».
(٤) في المخطوط: «كفره».
(٥) في المخطوط: «ولم تثبت».
(٦) في المخطوط: «العصمة».
(٧) زاد في المخطوط: «له».
(٨) في المخطوط: «يشتبهون».

وسَطِه كشْحًا [(١)] مثلَ الخيْطِ الغليظِ، ويَلْبَسَ قَلَنْسوةً طَويلةً مضروبةً [(٢)] ويَرْكَبَ سَرْجًا على قَرَبوسِه مثلَ الرُّمّانةِ، ولا يَلْبَسَ طَيْلَسانًا مثلَ طَيالِسةِ المسلمينَ ولا رِداءً مثلَ أرديةِ المسلمينَ.

والأصلُ فيه ما رويَ أنّ عُمَرَ بنَ عبدِ العزيزِ - رحمه الله - مَرَّ على رِجالٍ رُكوبٍ ذَوي هَيْئةٍ فظَنّهم مسلمينَ فسَلَّمَ عليهم، فقال له رجلٌ من أصحابِه: أصلَحَك اللّه، تَدْري مَنْ هَؤُلاءِ؟ فقال: مَنْ هم؟ فقال: هَؤُلاءِ نَصارى بَني تَغْلِبَ فلَمّا أتى منزلَه أمَرَ أنْ يُنادي في النّاس أنْ لا يَبْقَى نَصْرانيٌّ إلاّ عَقَدَ ناصيته، ورَكِبَ الإكافَ، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه أحدٌ فيكونُ كالإجماعِ، ولأنّ السَّلامَ من شَعائرِ الإسلامِ فيحتاجُ المسلمونَ إلى إظهارِ (هذه الشَّعائرِ) [(٣)] عند الالتِقاءِ، ولا يُمْكِنُهم ذلك إلاّ بتمييزِ أهلِ الذِّمّةِ بالعلامةِ، ولأنّ في إظهارِ هذه العلاماتِ إظهارَ آثارِ الذِّلّةِ عليهم، وفيه صيانةُ عَقائدِ ضَعَفةِ المسلمينَ عن التّغْييرِ على ما قال - سبحانه وتعالى -: ﴿وَلَوْلَآ أَن يَكُونَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَٰحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ وَمَعَارِجَ عَلَيْهَا يَظْهَرُونَ﴾ [الزخرف: ٣٣] [(٤)].

وكذا يجبُ أنْ يتمَيَّزَ نِساؤُهم عن نِساءِ المسلمينَ في حالِ المشيِ في الطَّريقِ، ويجبُ التّمييزُ في الحمّاماتِ في الأُزُرِ، فيُخالفُ أُزُرُهم [أُزُرَ] [(٥)] المسلمينَ لِما قُلْنا، وكذا يجبُ أنْ تُمَيَّزَ [(٦)] الدّورُ بعَلاماتٍ تُعْرَفُ بها دورُهم من دورِ المسلمينَ؛ ليَعْرِفَ السّائلُ المسلمُ أنّها دورُ الكَفَرةِ، فلا يَدْعو لهم بالمغفِرةِ، ويُتْرَكونَ أنْ يَسْكُنوا في أمصارِ المسلمينَ يبيعونَ ويَشترونَ؛ لأنّ عقدَ الذِّمّةِ شُرِعَ ليكونَ وسيلةً لهم إلى الإسلامِ، وتمكينُهم من المُقامِ في أمصارِ المسلمينَ أبلَغُ إلى هذا المقصودِ، وفيه أيضًا مَنْفَعةُ المسلمينَ [(٧)] بالبيعِ والشّراءِ، فيُمَكَّنونَ من ذلك ولا يُمَكَّنونَ من بيعِ الخُمورِ والخنازيرِ فيها ظاهرًا؛ لأنّ حُرْمَةَ الخمرِ والخِنْزيرِ ثابتةٌ في حَقِّهم كما هي ثابتةٌ في حَقِّ المسلمينَ؛ لأنّهم مُخاطَبونَ بالحُرُماتِ وهو الصّحيحُ عند أهلِ الأُصولِ على ما عُرِفَ في موضِعِه، فكان إظهارُ بيعِ الخمرِ والخِنْزيرِ منهم إظهارًا للفِسْقِ [(٨)] فيُمْنَعونَ من ذلك، وعندهم: أنّ ذلك مُباحٌ فكان

---

(١) في المخطوط: «كستيجًا».
(٢) في المخطوط: «مضربة».
(٣) في المخطوط: «هذا الشعار».
(٤) زاد في المخطوط: «الآية».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «تتميز».
(٧) في المخطوط: «للمسلمين».
(٨) في المخطوط: «لفسق».

إظهارَ شَعائرِ [١] الكُفْرِ في مكان مُعَدٍّ لإظهارِ شَعائرِ الإسلامِ، وهو أمصارُ المسلمينَ فيُمْنَعونَ من ذلك وكذا يُمْنَعونَ من إدْخالها في أمصارِ المسلمينَ ظاهرًا.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ: إنّي أمنعهم من إدخال الخمور ولا أمنَعُهم من إدْخال الخنازيرِ فرَّقَ بينَ الخمرِ والخِنْزيرِ لِما في الخمرِ من خَوْفِ وُقوعِ المسلمِ فيها ولا يُتَوَهَّمُ ذلك في الخِنْزيرِ، ولا يُمَكَّنونَ من إظهارِ صَليبِهم في عيدِهم؛ لأنّه إظهارُ شَعائرِ الكُفْرِ، فلا يُمَكَّنونَ من ذلك في أمصارِ المسلمينَ، ولو فعَلوا ذلك في كنائسِهم لا يُتَعَرَّضُ لهم وكذا لو ضرَبوا النّاقوسَ في جَوْفِ كنائسِهم القَديمةِ لم يُتَعَرَّضْ لِذلك؛ لأنّ إظهارَ الشَّعائرِ لم يتحَقَّقْ، فإنْ ضرَبوا به خارِجًا منها لم يُمَكَّنوا منه لِما فيه من إظهارِ الشَّعائرِ.

ولا يُمْنَعونَ من إظهارِ شيءٍ مِمّا ذَكَرْنا من بيعِ الخمرِ والخِنْزيرِ والصّليبِ، وضرْبِ النّاقوسِ في قَرْيةٍ أو موضِعٍ ليس من أمصارِ المسلمينَ، ولو كان فيه عَدَدٌ كثيرٌ من أهلِ الإسلامِ وإنّما يُكْرَه ذلك في أمصارِ المسلمينَ، وهي التي يُقامُ فيها الجُمَعُ والأعيادُ والحُدودُ؛ لأنّ المنعَ من إظهارِ هذه الأشياءِ؛ لِكونِه (إظهارَ شَعائرِ) [٢] الكُفْرِ في مكانِ إظهارِ شَعائرِ الإسلامِ، فيختَصُّ المنعُ (بالمكانِ المُعَدِّ لإظهارِ الشَّعائرِ) [٣] وهو المِصْرُ الجامِعُ.

(وأمّا) إظهارُ فِسْق [ما] [٤] يَعْتَقِدونَ حُرْمَتَه كالزِّنا وسائرِ الفواحشِ التي هي حَرامٌ في دينِهم، فإنّهم يُمْنَعونَ من ذلك سواءٌ كانوا في أمصارِ المسلمينَ، أو في أمصارِهم ومَدائنِهم وقُراهم، وكذا المَزاميرُ والعيدانُ والطُّبولُ في الغِناءِ، واللَّعِبُ بالحمامِ، ونَظيرُها [٥]، يُمْنَعونَ من ذلك كُلِّه في الأمصارِ والقُرَى؛ لأنّهم يَعْتَقِدونَ حُرْمةَ هذه الأفعالِ كما نَعْتَقِدُها نحنُ فلم تكُنْ مُسْتَثْناةً عن عقدِ الذِّمّةِ ليُقَرّوا عليها.

(وأمّا) الكَنائسُ والبِيَعُ القَديمةُ فلا يُتَعَرَّضُ لها ولا يُهْدَمُ شيءٌ منها، وأمّا إحداثُ كنيسةٍ أُخرى فيُمْنَعونَ عنه فيما صار مِصْرًا من أمصارِ المسلمينَ؛ لِقولِه ﷺ: «لَا كَنِيسَةَ فِي الإِسْلَامِ

---

(١) في المخطوط: «ذلك إظهارًا لشعائر».
(٢) في المخطوط: «إظهارًا لشعائر».
(٣) في المخطوط: «بمكان إظهار شعائر».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «وتطييرها».

[إلَّا فِي دَارِ الإِسلَامِ] [١]» [٢]، ولو انهَدَمَتْ كنيسةٌ فلَهم [٤/ ٢٦أ] أنْ يَبنوها كما كانت؛ لأنّ لهذا البِناءِ حُكْمَ البقاءِ، ولهم أنْ يَسْتَبْقوها فلَهم أنْ يبنوها، وليس لهم أنْ يُحَوِّلوها من موضِعٍ إلى موضِعٍ آخرَ؛ لأنّ التّحْويلَ من موضِعٍ إلى موضِعٍ آخرَ في حُكْمِ إحداثِ كنيسةٍ أُخرى، وأمّا في القُرَى أو في موضِعٍ ليس من أمصارِ المسلمينَ فلا يُمْنَعونَ من إحداثِ الكَنائسِ والبيَعِ، كما لا يُمْنَعونَ من إظهارِ بيعِ الخُمورِ والخنازيرِ لِما بَيَّنّا.

ولو ظَهَرَ الإمامُ على قَوْمٍ من أهلِ الحربِ فرأى أنْ يجعلَهم ذِمّةً، ويَضَعَ على رُءوسِهم الجِزْيةَ، وعلى أراضيهم الخراجَ، لا يُمْنَعونَ من اتّخاذِ الكَنائسِ والبيَعِ، وإظهارِ بيعِ الخمرِ والخِنْزيرِ؛ لأنّ الممنوعَ إظهارُ شَعائرِ الكُفْرِ في مكانِ إظهارِ شَعائرِ الإسلامِ، وهو أمصارُ المسلمينَ، ولم يوجدْ بخلافِ ما إذا صاروا ذِمّةً بالصُّلْحِ، بأنْ طَلَبَ قَوْمٌ من أهلِ الحربِ مِنّا أنْ يَصيروا ذِمّةً يُؤَدّونَ عن رِقابِهم وأراضيهم شيئًا معلومًا، (ونُجْري عليهم) [٣] أحكامَ الإسلام فصالَحْناهم على ذلك، فكانت [٤] أراضيهم مثلَ أراضي الشّام مَدائنَ وقُرًى، ورَساتيقَ [٥] وأمصارًا، إنّه لا يُتَعَرَّضُ لِكَنائسِهم القَديمةِ، ولكنّهم لو أرادوا أنْ يُحْدِثوا شيئًا منها يُمْنَعوا من ذلك؛ لأنّها صارتْ مِصْرًا من أمصارِ المسلمينَ، وإحداثُ الكَنيسةِ في مِصْرٍ من أمصارِ المسلمينَ ممنوعٌ عنه شرْعًا فإنْ مَصَّرَ الإمامُ مِصْرًا للمسلمينَ، كما مَصَّرَ سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه الكوفةَ والبصْرةَ، فاشترى قَوْمٌ من أهلِ الذِّمّةِ دورًا، وأرادوا أنْ يَتَّخِذوا فيها كنائسَ لا يُمَكَّنوا من ذلك لِما قُلْنا.

وكذلك لو تَخَلَّى رجلٌ في صَوْمعتِه مُنِعَ من ذلك؛ لأنّ ذلك في معنى اتِّخاذِ الكَنيسةِ، وكُلُّ مِصْرٍ من أمصارِ المُشْرِكينَ ظَهَرَ عليه الإمامُ عنوةً، [وجعلهم ذِمّةً فما كان فيه كنيسةٌ قَديمةٌ مَنَعَهم من الصّلاةِ في تلك الكَنائسِ؛ لأنّه لَمّا فُتِحَ عنوةً] [٦] فقد استَحَقَّه المسلمونَ، فيمنعُهم من الصّلاةِ فيها، ويأمُرُهم [٧] أنْ يَتَّخِذوها مَساكِنَ، ولا يَنْبَغي أنْ يَهْدِمَها وكذلك كُلُّ قَرْيةٍ جعلها الإمامُ مِصْرًا.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) أورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٥٣).
(٣) في المخطوط: «وتجرى».
(٤) في المخطوط: «وكانت».
(٥) الرستاق: السواد والجمع، انظر: مختار الصحاح (١/ ١٠٢).
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «وأمرهم».

ولو عَطَّلَ الإمامُ هذا المِصْرَ وتَركوا إقامةَ الجُمَعِ والأعيادِ والحُدودِ فيه، كان لأهلِ القَرْيةِ أنْ يُحْدِثوا ما شاءوا؛ لأنّه عادَ قَرْيةً كما كانت نَصْرانيّةً تحت مسلمٍ لا يُمَكِّنُها من نَصْبِ الصّليبِ في بيتِه؛ لأنّ نَصْبَ الصّليبِ كنَصْبِ الصّنَمِ، وتُصَلّي في بيتِه حيث شاءتْ هذا الذي ذَكَرْنا حُكْمُ أرضِ العجمِ.

(وأمّا) أرضُ العرَبِ فلا يُتْرَكُ فيها كنيسةٌ ولا بيعةٌ ولا يُباعُ فيها الخمرُ والخِنْزيرُ مِصْرًا كان أو قَرْيةً، أو ماءً من مياه العرَبِ، ويُمْنَعُ المُشْرِكونَ أنْ يَتَّخِذوا أرضَ العرَبِ مسكنًا ووَطَنًا [(١)].

كذا ذكره محمّدٌ رحمه الله تفضيلاً لأرضِ العرَبِ على غيرِها، وتَطْهيرًا لها عن الدّينِ الباطِلِ قَالَ ﷺ: «لَا يجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرةِ العَرَبِ» [(٢)].

وأمّا الالتِجاءُ إلى الحرَمِ فإنّ الحربيَّ إذا التجأ إلى الحرَمِ، لا يُباحُ قَتْلُه في الحرَمِ، ولكنْ لا يُطْعَمُ ولا يُسْقَى ولا يُؤْوَى، ولا يُبايَعُ حتّى يخرُجَ من الحرَمِ، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله: يُقْتَلُ في الحرَمِ.

واختلف أصحابُنا فيما بينَهم؛ قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ - رحمهما الله: لا يُقْتَلُ في الحرَمِ، ولا يُخْرج منه أيضًا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله: لا يُباحُ قَتْلُه في الحُرُمِ، ولكنْ يُباحُ إخراجُه من الحرَمِ، لِلشّافعيِّ - رحمه الله، قولُه تَبارَك وتعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥] وحيث يُعَبَّرُ به عن المكانِ، فكان هذا إباحةً لِقَتْلِ المُشْرِكينَ في الأماكِنِ كُلِّها.

(ولَنا) قولُه - تَبارَك وتعالى -: ﴿أَوَلَمۡ يَرَوۡاْ أَنَّا جَعَلۡنَا حَرَمًا ءَامِنًا﴾ [العنكبوت: ٦٧] [هذا] [(٣)] إذا دخل مُلْتجِئًا، أمّا إذا دخل مُكابِرًا [(٤)] أو مُقاتلاً يُقْتَلُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُقَٰتِلُوهُمۡ عِندَ ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمۡ فِيهِۖ فَإِن قَٰتَلُوكُمۡ فَٱقۡتُلُوهُمۡۗ﴾ [البقرة: ١٩١] ولأنّه لَمّا دخل مُقاتلاً فقد هَتَك حُرْمةَ الحرَمِ، فيُقْتَلُ تَلافيًا للهَتْكِ زَجْرًا لِغيرِه عن الهَتْكِ، وكذلك لو دخل قَوْمٌ من أهلِ

---

(١) في المخطوط: «أو وطنًا».

(٢) أخرجه مالك، برقم (١٦٥١)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٠٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/ ١٢٥)، برقم (٧٢٠٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٤٦٨)، برقم (٣٢٩٩٢) من حديث عمربن الخطاب رضي‌الله عنه.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «مكابرة».

الحربِ للقِتالِ، فإنّهم يُقْتَلونَ، ولو انهَزَموا من المسلمينَ فلا شيءَ على المسلمينَ في قَتْلِهم وأسرِهم واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في أحكام الغنائم وما يتصل بها]

وأمّا بيانُ حُكْمِ الغنائمِ وما يَتَّصِلُ بها، فنقولُ - وباللَّه التَّوْفيقُ:

هاهنا ثلاثةُ أشياءَ: النَّفَلُ، والفيْءُ، والغنيمةُ فلابُدَّ من بيانِ مَعاني هذه الألفاظ وما يتعَلَّقُ بها من الشَّرائطِ والأحكامِ.

(أمّا) النَّفَلُ: في اللُّغةِ فعِبارةٌ عن الزّيادةِ، ومنه سُمّيَ ولَدُ الولدِ نافِلةً؛ لأنّه زيادةٌ على الولدِ الصُّلْبيِّ، وسُمّيَتْ نَوافِلُ العِباداتِ لِكونِها زياداتٍ على الفرائضِ.

وفي الشَّريعةِ: عِبارةٌ عَمّا خَصَّه [1] الإمامُ لِبعضِ الغُزاةِ تَحْريضًا لهم على القِتالِ، سُمّيَ نَفْلاً لِكونِه زيادةً على ما يُسْهَمُ لهم من الغنيمةِ.

والتّنْفيلُ هو [٤/ ٢٦ب] تخصيصُ بعضِ الغُزاةِ بالزّيادةِ، نحوُ أنْ يقولَ الإمامُ: مَنْ أصابَ شيئًا فلَه رُبْعُه أو ثُلُثُه أو قال: مَنْ أصابَ شيئًا فهو له، أو قال: مَنْ أخذ [2] شيئًا، أو قال: مَنْ قَتَلَ قَتيلاً فلَه سَلَبُه، أو قال لِسَريّةٍ: ما أصَبْتُمْ فلَكُمْ رُبْعُه أو ثُلُثُه أو قال: فهو لكُمْ وذلك جائزٌ؛ لأنّ التّخْصيصَ بذلك تَحْريضٌ على القِتالِ، وأنّه أمرٌ مشروعٌ ومَنْدوبٌ إليه، قال اللَّه - تعالى عَزَّ شأنُه -: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ﴾ [الأنفال: ٦٥] إلاّ أنّه لا يَنْبَغي للإمامِ أنْ يُنَفِّلَ بكُلِّ المَأخوذِ؛ لأنّ التّنْفيلَ بكُلِّ المَأخوذِ قَطْعُ حَقِّ الغانِمينَ عن النّفلِ أصلاً، لكنْ مع هذا لو رأى الإمامُ المَصْلَحةَ في ذلك ففَعَلَه مع سَريّةٍ جاز؛ لأنّ المَصْلَحةَ قد تكونُ فيه في الجُمْلةِ، ويجوزُ التّنْفيلُ في سائرِ الأموالِ من الذّهبِ والفضّةِ والسَّلَبِ وغيرِ ذلك؛ لأنّ معنى التّحْريضِ على القِتالِ يتحَقّقُ في الكُلِّ.

والسَّلَبُ هو ثيابُ المقتولِ وسِلاحُه الذي [3] معه، ودابّتُه التي رَكِبَها بسَرْجِها وآلاتِها، وما كان معه من مالٍ في حقيبةٍ على الدّابّةِ، أو على وسَطِه.

(وأمّا) حقيبةُ غُلامِه [4]، وما كان مع غُلامِه من [5] دابّةٍ أُخرى، فليس بسَلَبٍ ولو

(١) في المخطوط: «اختصه».
(٢) في المخطوط: «أحدث».
(٣) في المخطوط: «التي».
(٤) في المخطوط: «فأما حقيبته وغلامه».
(٥) في المخطوط: «على».

اشتركا في قَتْلِ رجلٍ كان السَّلَبُ بينَهما، فإنْ بَدَأ أحدُهما فضربه، ثُمّ أجهَزَه الآخرُ بأنْ كانت الضَّرْبةُ الأولى قد أثخَنَتْه وصَيَّرَتْه إلى حالٍ لا يُقاتلُ ولا يُعينُ على القِتالِ فالسَّلَبُ للأوّلِ؛ لأنّه قَتيلُ الأوّلِ، وإنْ كانت الضَّرْبةُ الأولى لم تُصَيِّرْه إلى هذه الحالةِ فالسَّلَبُ لِلثّاني؛ لأنّه قَتيلُ الثّاني.

ولو قَتَلَ رجلٌ واحدٌ قَتيلينِ أو أكثرَ فلَه سَلَبُه.

وهل يدخلُ الإمامُ في التّنْفيلِ؟ إنْ قال في جميعِ ذلك: «منكُمْ» لا [(١)] يدخلُ؛ لأنّه خَصَّهم [(٢)] وإنْ لم يَقُلْ: منكُمْ يدخلْ؛ لأنّه عَمَّ الكَلامَ، هذا إذا نَفَّلَ الإمامُ، فإنْ لم يُنَفِّلْ شيئًا، فقَتَلَ رجلٌ من الغُزاةِ قَتيلاً لم يختَصَّ بسَلَبِه عندنا [(٣)].

وقال الشّافعيُّ - رحمه الله تعالى: إنْ قَتَلَه مُدْبِرًا مُنْهَزِمًا لم يختَصَّ بسَلَبِه، وإنْ قَتَلَه مُقْبِلاً مُقاتلاً يختَصُّ بسَلَبِه [(٤)].

واحتجَّ بما رُوِيَ عن رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فلَه سَلَبُه» [(٥)] وهذَا منه ﷺ نَصْبُ الشّرعِ، ولأنّه إذا قَتَلَه مُقْبِلاً مُقاتلاً فقد قَتَلَه بقوّةِ نفسِه فيختَصُّ بالسَّلَبِ، وإذا قَتَلَه مولّيًا مُنْهَزِمًا فإنّما قَتَلَه بقوّةِ الجماعةِ فكان السَّلَبُ غَنيمةً مقسومةً.

(ولَنا) أنّ القياسَ يأبَى جوازَ التّنْفيلِ والاختصاصِ بالمُصابِ من السَّلَبِ وغيرِه؛ لأنّ سببَ الاستحقاقِ إنْ كان هو الجِهادُ، فالجهاد وُجِدَ من الكُلِّ، وإنْ كان هو الاستيلاءُ والإصابةُ والأخْذُ بذلك حَصَلَ بقوّةِ الكُلِّ فيقتضي الاستحقاقَ للكُلِّ، فتخصيصُ البعضِ

---

(١) في المخطوط: «لم».
(٢) في المخطوط: «يخصهم».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٨٤)، شرح فتح القدير (٥/ ٥١٢)، الاختيار (٤/ ١٣٣)، البناية (٦/ ٥٩٣، ٥٩٤)، الدر المختار (٤/ ١٥٧).
(٤) وفي بيان مذهب الشافعية: أن الإمام يبدأ في الغنائم بأسلاب القتلى، فيدفع سلب كل قتيل إلى قاتله، أما سبب استحقاقه فمقيد بقيود الأول: أن يبارزه فيقتله أو يقتحم المعركة فيقتله حتى يستحق سلبه، الأمر الثاني: إقبال الكافر على القتال فإن قتله مدبرا أو معتزلاً أو نائمًا أو مشغولاً بطعام فلا سلب له. الأمر الثالث: قهره بما يكفي شره بالكلية بقتل أو إزالة امتناع كأن يعميه أو يقطع يديه ورجليه. انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ١٧٥)، الوسيط (٤/ ٥٣٧)، الروضة (٦/ ٣٧٢، ٣٧٣).
(٥) أخرجه البخاري، كتاب فرض الخمس، باب: من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلاً فله سلبه، برقم (٢١٤٢)، ومسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل، برقم (١٧٥١) من حديث أبي قتادة الأنصاري رضي‌الله عنه.

بالتّنْفيلِ يخرُجُ مَخْرَجَ قَطْعِ الحقِّ عن المُسْتَحِقِّ، فيَنْبَغي أنْ لا يجوزَ إلاّ أنّا استَحْسَنّا الجوازَ بالنّصِّ وهو قولُه - تَبارَكَ وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ﴾ [الأنفال :٦٥] والتّنْفيلُ تَحْريضٌ على القِتالِ بإطماعِ زيادةِ المالِ؛ لأنّ مَنْ له زيادةُ غِنًى وفَضْلُ شَجاعةٍ، لا يَرْضَى طَبْعُه بإظهارِ ذلك مع ما فيه من مُخاطَرةِ الرّوحِ، وتَعْريضِ النّفسِ للهَلاكِ، إلاّ بإطماعِ زيادةٍ لا يُشارِكُه فيه غيرُه، فإذا لم يَطْمع لا يَظْهَرُ فلا يَسْتَحِقُّ الزّيادةَ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) الحديثُ فلا حُجّةَ له فيه؛ لأنّه يحتملُ أنّه نَصَبَ ذلك القولَ شرْعًا، ويحتملُ أنْ يكونَ نَصَبَه شرطًا، ويحتملُ أنّه نَفَّلَ قَوْمًا بأعيانِهم فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتمالِ.

نَظيرُه قولُه ﷺ: «مَن أحيَا أرضًا مَيتةً فهيَ له»[1] أنّه لم يجعلْه أبو حنيفة حُجّةً لِمِلْكِ الأرضِ المُحْياةِ بغيرِ إذنِ الإمامِ لِمثلِ هذا الاحتمالِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وامّا) شرطُ جوازِه: فهو أنْ يكونَ قبل حُصولِ الغنيمةِ في يَدِ الغانِمينَ، فإذا حَصلَتْ في أيديهم فلا نَفْلَ؛ لأنّ جوازَ التّنْفيلِ لِلتَّحْريضِ على القِتالِ، وذا لا يتحَقَّقُ إلاّ قبل أخْذِ الغنيمةِ.

فإنْ قيلَ: أليس أنّه رويَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ نَفَّلَ بعدَ إحرازِ الغنيمةِ؟

فالجوابُ أنّه يحتملُ أنّه عليه الصلاة والسلام إنّما نَفَّلَ من الخُمْسِ، أو من الصَّفيِّ[2] الذي كان له في الغنائم، ويحتملُ أنّه كان مِمّا أفاءَ اللَّه - تعالى - عليه، فسَمّاه الرّاوي غَنيمةً واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(وأمّا) حُكْمُ التّنْفيلِ فنوعانِ:

احدُهما: اختصاصُ النّفلِ بالمُنَفَّلِ حتّى لا يُشارِكَه فيه غيرُه.

وهل يَثْبُتُ المِلْكُ فيه قبل الإحرازِ بدارِ الإسلامِ؟

ففيه كلامٌ نذكرُه في موضِعِه إنْ شاء اللَّه تعالى.

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: في إحياء الموات، برقم (٣٠٧٣)، والترمذي، برقم (١٣٧٨)، ومالك، برقم (١٤٥٦)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٠٥)، برقم (٥٧٦١) من حديث سعيدبن زيد رضي‌الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٥٩٧٦).
(٢) في المخطوط: «الصيفي».

والثاني: أنّه لا خُمْسَ في النّفلِ؛ لأنّ الخُمْسَ إنّما يجبُ في غَنيمةٍ مشتركةٍ بينَ الغانِمينَ [٤/ ٢٧أ] والنّفَلُ ما أخْلَصَه الإمامُ لِصاحبِه، وقَطَعَ شرِكةَ الأغْيارِ عنه فلا يجبُ فيه الخُمْسُ ويُشارِكُ المُنَفَّلُ له الغُزاةَ في أربعةِ أخْماس ما أصابوا؛ لأنّ الإصابةَ أو الجِهادَ حَصَلَ بقوّةِ الكُلِّ، إلاّ أنّ الإمامَ خَصَّ البعضَ ببعضِها، وقَطَعَ حَقَّ الباقينَ عنه، فبَقيَ حَقُّ الكُلِّ مُتعَلِّقًا بما وراءه فيُشارِكُهم فيه واللّه سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

(وأمّا) الفيْءُ: فهو اسمٌ لِما [١] لم يوجِفْ عليه المسلمونَ بخَيْلٍ ولا رِكابٍ، نحوُ الأموالِ المَبْعوثةِ بالرّسالةِ إلى إمامِ المسلمينَ، والأموالِ المَأخوذةِ على موادَعةِ أهلِ الحربِ، ولا خُمْسَ فيه؛ لأنّه ليس بغَنيمةٍ إذْ هي اسم للمَأخوذِ من الكَفَرةِ على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ، ولم يوجدْ وقد كان الفيْءُ لِرسولِ اللّه ﷺ خاصّةً يتصَرّفُ فيه كيْفَ شاء، يختَصُّه لِنفسِه، أو يُفرِّقُه فيمَنْ شاء قال اللّه - تعالى عَزَّ شأنُه: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُۥ عَلَىٰ مَن يَشَآءُ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الحشر:٦].

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: كانت أموالُ بَني النّضيرِ مِمّا أفاءَ اللّه - عزّ وجلّ - على رسولِه ﷺ وكانت خالصةً له وكان يُنْفِقُ منها على أهلِه نَفَقةَ سنةٍ، وما بَقيَ جعله في الكُراعِ [٢] والسّلاحِ، ولهذا كانت فدَكُ خالصةً لِرسولِ اللّه ﷺ إذْ كانت لم يوجِفْ عليها الصّحابةُ رضي الله عنهم من خَيْلٍ ولا رِكابٍ فإنّه روِيَ أنّ أهلَ فدَك لَمّا بَلَغَهم [خبر] [٣] أهل خَيْبَرَ أنّهم سَألوا رسولَ اللّه ﷺ أنْ يُجْلِيَهم ويحقِنَ دِماءَهم ويُخلّوا بينَه وبينَ أموالِهم، بَعَثوا إلى رسولِ اللّه ﷺ وصالَحوه على النّصفِ من فدَك، فصالَحَهم عليه الصلاة والسلام على ذلك، ثُمّ الفرْقُ بينَ رسولِ اللّه ﷺ وبينَ الأئِمّةِ في المالِ المَبْعوثِ إليهم من أهلِ الحربِ أنّه يكونُ لِعامّةِ المسلمينَ، وكان لِرسولِ اللّه ﷺ خاصّةً أنّ الإمامَ إنّما أشرَكَ قَوْمَه في المالِ المَبْعوثِ إليه من أهلِ الحربِ؛ لأنّ هَيْبَةَ الأئِمّةِ بسببِ قَوْمِهم، فكانت شرِكةً بينَهم.

---

(١) في المخطوط: «لمال».
(٢) الكراع: السلاح، وقيل: هو اسم يجمع الخيل والسلاح، انظر: اللسان (٨/ ٣٠٧).
(٣) زيادة من المخطوط.

(وأمّا) هَيْبةُ رسولِ اللَّه ﷺ (فكانت بما نُصِرَ من الرُّعْبِ لا بأصحابِه) [١]، كما قَالَ عليه الصلاة والسلام: «نُصِرْتُ بالرُّعْبِ مَسِيرةَ شَهرَيْنِ» [٢] لِذلك كان له أنْ (يختَصَّ لِنفسِه) [٣] واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وعلى هذا إذا دخل حَرْبيٌّ في دارِ الإسلام بغيرِ أمانٍ فأخذه واحدٌ من المسلمينَ، يكونُ فيْئًا لِجماعةِ المسلمينَ، ولا يختَصُّ به الآخِذُ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله.

وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - يكونُ للآخِذِ خاصّةً.

(وجه) قولِهما: أنّ سببَ المِلْكِ وُجِدَ من الآخِذِ خاصّةً فيختَصُّ بمِلْكِه، كما إذا دخلتْ طائفةٌ من أهلِ الحربِ دارَ الإسلامِ، فاستقبلَتْها سَريّةٌ من أهلِ الإسلامِ فأخذتْها أنّهم يختَصّونَ بمِلْكِها.

والدَّليلُ على أنّ سببَ المِلْكِ وُجِدَ من الآخِذِ خاصّةً أنّ السَّبَبَ هو الأخْذُ، والاستيلاءُ هو إثباتُ اليَدِ، وقد وُجِدَ ذلك حقيقةً من الآخِذِ خاصّةً، وأهلُ الدّارِ إنْ كانت لهم يَدٌ لكنّها يَدٌ حُكْميّةٌ، ويَدُ الحربيِّ حقيقيّةٌ؛ لأنّه حُرٌّ، والحُرُّ في يَدِ نفسِه، واليَدُ الحُكْميّةُ لا تصلُحُ مُبْطِلةً لليَدِ الحقيقيّةِ؛ لأنّها دونَها، ونَقْضُ الشّيءِ بما هو مثلُه، أو بما هو فوْقَه، لا بما هو دونَه فأمّا يَدُ الآخِذِ فيَدٌ حقيقةً [٤]، وهي مُحِقّةٌ ويَدُ الحربيِّ مُبْطِلةٌ، فجاز إبطالُها بها.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أنّه وجَدَ سببَ ثُبوتِ المِلْكِ لِعامّةِ المسلمينَ في مَحَلٍّ قابلٍ للمِلْكِ، وهو المُباحُ فيَصيرُ مِلْكًا للكُلِّ، كما إذا استَوْلى جماعةٌ على صَيْدٍ. وإنّما قُلْنا ذلك؛ لأنّه كُلَّما [٥] دخل دارَ الإسلامِ فقد ثَبَتَ يَدُ أهلِ الدّارِ عليه؛ لأنّ الدّارَ في أيديهم، فما [٦] في الدّارِ يكونُ في أيديهم أيضًا، ولهذا قُلْنا إنّه لا يَثْبُتُ المِلْكُ للغانِمينَ

---

(١) في المخطوط: «فما كانت بأصحابه بل بما نصر بالرعب».

(٢) بنحوه أخرجه البيهقي في الكبرى (٢/ ٤٣٣)، برقم (٤٠٦٥) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه، وللحديث شاهد آخر بلفظ: «... ونصرت بالرعب مسيرة شهر...»، وهو في الصحيح، انظر صحيح البخاري، كتاب التيمم، باب: وقول الله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَآءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [النساء:٤٣]، برقم (٣٣٥) من حديث جابر بن عبد الله.

(٣) في المخطوط: «يختصه له».

(٤) في المخطوط: «حقيقية».

(٥) في المخطوط: «كما».

(٦) في المخطوط: «كما».

في الغنائمِ ما داموا في دارِ الحربِ، كذا هاهنا قولُه: يَدُ أهلِ الدّارِ يَدٌ حُكْميّةٌ، ويَدُ الحربيِّ حقيقيّةٌ، فلا تُبْطِلُها.

قلنا: ويَدُ أهلِ الدّارِ [يد] (١) حقيقيّةٌ أيضًا؛ لأنّ المعنى من اليَدِ في هذه الأبوابِ القُدْرةُ من حيث سَلامة الأسبابِ (٢) والآلاتِ، ولأهلِ الدّارِ آلاتٌ سَليمةٌ لو استَعْمَلوها في التّصَرُّفِ عليه لَحَدَثَتْ لهم بمجرَى العادةِ قُدْرةٌ حقيقيّةٌ على وجهٍ لا يُمْكِنُهم مُقاوَمَتُهم ومُعارَضَتُهم، مع ما أنّه إذا ثَبَتَ يَدُ الآخِذِ عليه حقيقةً، فقد ثَبَتَ يَدُ أهلِ الدّارِ؛ لأنّ يَدَه يَدُ أهلِ الدّارِ؛ لأنّ أهلَ دارِ الإسلامِ كُلَّهم مَنَعةٌ واحدةٌ، فإنّهم يَذُبّونَ عن دينٍ واحدٍ، فكانت يَدُه يَدَ الكُلِّ معنًى، كما إذا دخل الغُزاةُ دارَ الحربِ، فأخذ واحدٌ [٤/ ٢٧ب] منهم شيئًا من أموالِ الكَفَرةِ، فإنّ المَأخوذَ يكونُ غَنيمةً مقسومةً بينَ الكُلِّ كذا هذا واللَّه - سبحانه وتعالى أعلم.

وَأمّا السَّريَّتانِ إذا التَقَتا في دارِ الإسلامِ، (فأخذ منها) (٣) سَريّةُ الإمامِ (٤) فإنّما اختَصّوا بمِلْكِها للحاجةِ والضَّرورةِ، وهي أنّ بالإمام حاجةً (٥) إلى بعثِ السَّرايا لِحِراسةِ الحوزةِ وحِمايةِ (٦) البيضةِ عن شرِّ الكَفَرةِ، إذِ الكَفَرةُ يَقْصِدونَ دارَ الإسلامِ والدُّخولَ في حُدودِها بَغْتةً، فإذا عَلِموا ببعثِ السَّرايا وتَهَيُّئِهم لِلذَّبِّ عن حَريمِ الإسلامِ، قَطَعوا الأطْماعَ فبَقيَتِ البيضةُ مَحْروسةً، فلو لم يختَصّوا بالمَأخوذِ، لَما انقادَ طَبْعُهم لِكِفايةِ هذا الشُّغْلِ، فتمتَدُّ (٧) أطْماعُ الكَفَرةِ إلى دارِ الإسلامِ، ولهذا إذا نَفَّلَ الإمامُ سَريّةً، فأصابوا شيئًا يختَصّونَ به لِوُقوعِ الحاجةِ إلى التّنْفيلِ؛ لاختصاصِ بعضِ الغُزاةِ بزيادةِ شَجاعةٍ؛ لأنّه لا يَنْقادُ طَبْعُه لِإظهارِه (٨)، إلاّ بالتّرْغيبِ بزيادةٍ من المُصابِ بالتّنْفيلِ كذا هذا.

وهل يجبُ فيه الخُمْسُ؟ فعن أبي حنيفةَ رضي الله عنه روايَتانِ والصّحيحُ أنّه لا يجبُ؛ لأنّ الخُمْسَ إنّما يجبُ في الغنائمِ، والغنيمةُ اسمٌ للمالِ المَأخوذِ عنوةً وقَهْرًا بإيجافِ الخيْلِ والرِّكابِ، ولم يوجدْ لِحُصولِه في أيديهم بغيرِ قِتالٍ، فكان مُباحًا مُلِكَ لا على

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الأبواب».
(٣) في المخطوط: «فأخذتها».
(٤) في المخطوط: «الإسلام».
(٥) زاد في المخطوط: «وضرورة».
(٦) في المخطوط: «ولحماية».
(٧) في المخطوط: «فيمتد».
(٨) في المخطوط: «لإظهارها».

سَبيلِ القَهْرِ والغلَبَةِ فلا يجبُ فيه الخُمْسُ كسائرِ المُباحاتِ.

وكذا رويَ عن محمّدٍ روايَتانِ، والصّحيحُ أنّه يجبُ فيه الخُمْسُ؛ لأنّ المِلْك عنده يَثْبُتُ (١) بأخْذِه، وإنّما أخذه على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبَةِ، فكان في حُكْمِ الغنائمِ، [ولو دخل دارَ الإسلامِ فأسلَمَ قبل أنْ يُؤخَذَ، ثُمّ أخذه واحدٌ من المسلمينَ يكونُ فَيْئًا لِجماعةِ المسلمينَ أيضًا عند أبي حنيفةَ.

وعندهما يكونُ حُرًّا لا سَبيلَ لأحدٍ عليه] (٢)، وهذا فرْعُ الأصلِ الذي ذَكَرْنا أنّ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - كما دخل دارَ الإسلامِ فقد انعَقَدَ سببُ المِلْكِ فيه لِوُقوعِه في يَدِ أهلِ الدّارِ، فاعتِراضُ الإسلامِ بعدَ انعِقادِ سببِ المِلْكِ لا يمنعُ المِلْك، وعندهما سببُ المِلْكِ هو: الأخْذُ حقيقةً، فكان حُرًّا قبله حيث (٣) وُجِدَ الإسلامُ قبل وُجودِ سببِ المِلْكِ فيه فيُمْنَعُ ثُبوتُ المِلْكِ على ما مَرَّ.

ولو رجع هذا الحربيُّ إلى دارِ الحربِ خرج من أنْ يكونَ فيْئًا بالإجماعِ، أمّا عند أبي حنيفةَ فلأنّ حَقَّ أهلِ دارِ الإسلامِ لا يتأكّدُ إلاّ بالأخْذِ حقيقةً، ولم يوجدْ وأمّا عندهما فلأنّه لم يَثْبُتِ المِلْكُ أصلاً إلاّ بحقيقةِ الأخْذِ ولم يوجدْ، وصار هذا كما إذا انفَلَتَ واحدٌ من الأسارَى قبل الإحرازِ بدارِ الإسلامِ، والتَحَقَ بمَنَعَتِهم أنّه يَعودُ حُرًّا كما كان كذا هذا.

ولو ادَّعَى هذا الحربيُّ [أنه دخل] (٤) بأمانٍ، [لم] (٥) يُقبل قولُه عند أبي حنيفةَ، وعندهما يُقْبَلُ (٦).

أمّا عنده: فلأنّ دُخولَ (٧) دارِ الحربِ سببُ ثُبوتِ (٨) المِلْكِ، والأمانُ عارِضٌ مانِعٌ من انعِقادِ السَّبَبِ، فلا تُقْبَلُ دعوى العارِضِ إلاّ بحُجّةٍ.

وأمّا عندهما: فلأنّ المِلْك فيه يَقِفُ على حقيقةِ الأخْذِ فكان حُرًّا قبله فكأنّ دعوى الأمانِ دعوى حُكْمِ الأصلِ فتُقْبَلُ، وكذلك لو قال الآخِذُ: إنّي آمَنْتُه، لم يُقْبل قولُه عند أبي حنيفةَ، وعندهما يُقْبَلُ.

---

(١) في المخطوط: «ثبت».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فقد».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «لا يقبل».
(٧) في المخطوط: «دخوله».
(٨) في المخطوط: «الثبوت».

أمّا عنده فلأنّ هذا إقرارٌ يتضمَّنُ إبطالَ حَقِّ الغيرِ فلا يُقْبَلُ، وعندهما هذا إقرارٌ على نفسِه، وأنّه غيرُ مُتَّهَمٍ في حَقِّ نفسِه.

ولو دخل هذا الحربيُّ الحرَمَ قبل أنْ يُؤخَذَ، فهو فيْءٌ عند أبي حنيفةَ ودُخولُ الحرَمِ لا يُبْطِلُ ذلك عنه؛ لأنّ ما ذَكَرْنا من المعنى لا يوجِبُ الفصلَ بينَ الحرَمِ وغيرِه، والدَّليلُ عليه أنّ الإسلامَ لم يُبْطِلِ المِلْك، فالحرَمُ أولى لأنّ الإسلامَ أعظَمُ حُرْمةً من الحرَمِ، وعندهما لا يكونُ فيْئًا إلاّ بحقيقةِ الأخْذِ فيَبْقَى على أصلِ الحُرّيّةِ، ولا يُتَعَرَّضُ له، لكنّه لا يُطْعَمُ، ولا يُسْقَى، ولا يُؤوَى، ولا يُبايَعُ، حتّى يخرُجَ من الحرَمِ.

ولو أمَّنَه رجلٌ من المسلمينَ في الحرَمِ أو بعدَما خرج من الحرَمِ قبل أنْ يُؤخَذَ لم يصحَّ عند أبي حنيفةَ، وعندهما يصحُّ، ويُرَدُّ إلى مَأمَنِه؛ لأنّ عنده صار فيْئًا لِجماعةِ المسلمينَ بنفسِ دُخولِ [1] دارِ الإسلامِ، وعندهما لا يَصيرُ فيْئًا إلاّ بحقيقةِ الأخْذِ، فإذا أمَّنَه قبل الأخْذِ يصحُّ ولا يصحُّ بعدَه؛ لأنّه مرموقٌ [2].

ولو أخذه رجلٌ في الحرَمِ وأخْرَجَه منه فقد أساءَ، وكانَ فيْئًا لِجماعةِ المسلمينَ عند أبي حنيفةَ وعندهما يكونُ لِمَنْ أخذه، أمّا عنده فلأنّ المِلْك قد ثَبَتَ بدُخولِه دارَ الإسلامِ، فالأخْذُ في الحرَمِ لا يُبْطِلُه وأمّا عندهما فلأنّ المِلْك وإنْ كان يَثْبُتُ بالأخْذِ وإنّه مَنْهيٌّ لكنّ النّهي لِغيرِه، وهو حُرْمةُ الحرَمِ فلا يمنعُ كونُه سببًا للمِلْكِ في ذاتِه كالبيعِ وقتَ النِّداءِ ونحوِ ذلك.

ولو أخذه في الحرَمِ ولم يُخْرِجْه فيَنْبَغي أنْ يُخَلّيَ سَبيلَه في الحرَمِ رِعايةً لِحُرْمةِ الحرَمِ ما دامَ فيه، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَأمّا الغنيمةُ فالكَلامُ فيها [٤/ ٢٨أ] في مَواضِعَ:

في تفسيرِ الغنيمةِ.

وفي بيانِ ما يَمْلِكُه الإمامُ من التّصرُّفِ في الغنائمِ.

وفي بيانِ مكانِ قسمةِ الغنائمِ.

وفي بيانِ ما يُباحُ الانتِفاعُ به من الغنائمِ.

---

(١) في المخطوط: «الدخول».

(٢) في المخطوط: «مرقوق».

وفي بيانِ كيْفيّةِ قسمةِ الغنائمِ.

وفي بيانِ مَصارِفِها.

أمّا الأوّل: فالغنيمةُ عندنا اسمٌ للمَأخوذِ من أهلِ الحربِ على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ، والأخْذُ على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ لا يتحقَّقُ إلاّ بالمَنَعةِ إمّا بحقيقةِ المَنَعةِ، أو بدَلالةِ المَنَعةِ، وهي إذنُ الإمامِ.

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - هي اسمٌ للمَأخوذِ من أهلِ الحربِ كيْفَ ما كان ولا يَشترِطُ له المَنَعةَ أصلاً.

وبيانُ ذلك في مَسائلَ:

إذا دخل جماعةٌ لهم مَنَعةٌ دارَ الحربِ فأخَذوا أموالاً منهم، فإنّها تُقْسَمُ قسمةَ الغنائمِ بالإجماعِ، سواءٌ دَخَلوا بإذنِ الإمامِ أو بغيرِ إذنِه؛ لِوُجودِ الأخْذِ على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ؛ لِوُجودِ المَنَعةِ القائمةِ مَقام المُقاتَلةِ حقيقةً، وأقَلُّ المَنَعةِ أربعةٌ في ظاهرِ الرّوايةِ؛ لِقولِه ﷺ: «خيْرُ الأصحَابِ أرْبَعة» [1]، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّها تِسْعةٌ.

ولو دخل مَنْ لا مَنَعةَ له بإذنِ الإمامِ، كان [2] المَأخوذُ غَنيمةً في ظاهرِ الرّوايةِ [3] عن أصحابِنا؛ لِوُجودِ المَنَعةِ دَلالةً على ما نذكره.

ولو دخل [واحد] [4] بغيرِ إذنِ الإمامِ لم يكنْ غَنيمةً عندنا [5]؛ لانعِدامِ المَنَعةِ أصلاً، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - يكونُ غَنيمةً [6]، والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ الغنيمةَ والغنَمَ

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب: فيما يستحب من الجيوش والرفقاء والسرايا، برقم (٢٦١١)، والترمذي، برقم (١٥٥٥)، وأحمد، برقم (٢٧١٣)، والدارمي، برقم (٢٤٣٨)، وابن خزيمة (٤/ ١٤٠)، برقم (٢٥٣٨)، وابن حبان (١١/ ١٧)، برقم (٤٧١٧)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١١٠)، برقم (٢٤٨٩)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ١٥٦)، وعبدبن حميد في مسنده (١/ ٢١٨)، برقم (٦٥٢)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٢٥٩)، برقم (٢٥٨٧)، والقضاعي في مسند الشهاب (٢/ ٢٢٥)، برقم (١٢٣٧) من حديث عبداللهبن عباس رضيالله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٣٢٧٨).

(٢) في المخطوط: «فإن». (٣) في المخطوط: «الروايات».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٤٠-٨٤١)، المختصر (ص ٢٩٢).

(٦) ومذهب الشافعية: أن من أخذ شيئًا في دار الحرب وكان مغيرًا بغير إذن الإمام يخمسه. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٤٦٣).

والمغنَمَ في اللُّغةِ اسمٌ [(١)] لِمالٍ أُصيبَ من أموالِ أهلِ الحربِ، وأوجَفَ عليه المسلمونَ بالخيْلِ والرّكابِ، وكذا إشارةُ النّصِّ دليلٌ عليه وهي قولُه - سبحانه وتعالى - : ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر:٦] أشارَ - سبحانه وتعالى - إلى أنّه ما لم يوجِفْ عليه المسلمونَ بالخيْلِ والرّكابِ لا يكونُ غنيمةً، وإصابةُ مالِ أهلِ الحربِ بإيجافِ الخيْلِ والرّكابِ لا يكونُ إلاّ بالمَنَعةِ، إمّا حقيقةً أو دَلالةً؛ لأنّ مَنْ لا مَنَعة له لا يُمْكِنُه الأخْذُ على طريقِ القَهْرِ والغلَبةِ، فلم يكنِ المَأخوذُ غنيمةً بل كان مالاً مُباحًا، فيختَصُّ [(٢)] به الآخِذُ كالصَّيْدِ، إلاّ (إنْ أخَذاه) [(٣)] جميعًا فيكونُ المَأخوذُ بينَهما كما لو أخَذا صَيْدًا.

أمّا عند وُجودِ المَنَعةِ فيتحَقَّقُ الأخْذُ على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ.

أمّا حقيقةُ المَنَعةِ فظاهرةٌ [(٤)]، وكذا دَلالةُ المَنَعةِ وهي إذنُ الإمامِ؛ لأنّه لَمّا أذِنَ له الإمامُ بالدُّخولِ فقد ضَمِن له المَعونةَ بالمَدَدِ والنُّصْرةِ عند الحاجةِ، فكان دُخولُه بإذنِ الإمامِ امتناعًا بالجيْشِ الكَثيفِ معنًى، فكان المَأخوذُ مَأخوذًا على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ فكان غنيمةً، فهو الفرْقُ.

ولو اجتَمع فريقانِ أحدُهما دخل بإذنِ الإمامِ، والآخرُ بغيرِ إذنِه ولا مَنَعةَ لهم، فالحُكْمُ في كُلِّ فريقٍ عند الاجتِماعِ ما هو الحُكْمُ عند الانفِرادِ، أنّه إنْ تَفرَّدَ كُلُّ فريقٍ بأخْذِ شيءٍ فلِكُلِّ فريقٍ ما أخذ، كما لو انفرَدَ كُلُّ فريقٍ بالدُّخولِ، فأخذ شيئًا فإنِ اشترك الفريقانِ [في الأخذِ] [(٥)]، فالمَأخوذُ بينَهم على عَدَدِ الآخِذينَ، ثُمّ ما أصابَ المَأذونَ لهم بخُمْسٍ ويكونُ أربعةُ أخْماسه بينَهم مشترَكةً [(٦)] فيه الآخِذُ وغيرُ الآخِذِ؛ لأنّه غنيمةٌ، وهذا سَبيلُ الغنائمِ.

وما أصابَ الذين لم يُؤذَنْ لهم لا خُمْسَ فيه، فيكونُ بينَ الآخِذينَ، ولا يُشارِكُهم الذين لم يأخذوا؛ لأنّه مالٌ مُباحٌ، وهذا حُكْمُ [أخذ] [(٧)] المالِ المُباح على ما بَيّنّا.

هذا إذا اجتَمع فريقانِ ولا مَنَعةَ لهم، فأمّا إذا اجتَمَعا وكان لهم باجتِماعِهم مَنَعةٌ، فما

---

(١) في المخطوط: «لما».
(٢) في المخطوط: «مختصًا».
(٣) في المخطوط: «أن يأخذه».
(٤) في المخطوط: «فظاهر».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «يشترك».
(٧) زيادة من المخطوط.

أصابَ واحدٌ [(١)] منهم أو جماعَتُهم بخُمُسٍ، وأربعةُ أخْماسه بينَهم؛ لأنّ المَأخوذَ غَنيمةٌ لِوُجودِ المَنَعةِ، فكان وُجودُ الإذنِ وعَدَمُه بمنزلةٍ واحدةٍ، ولو كان الذين دَخَلوا بإذنِ الإمامِ لهم مَنَعةٌ، ثُمّ لَحِقَهم لِصٌّ أو لِصّانِ لا مَنَعةَ لهما بغيرِ إذنِ الإمامِ ثُمّ لَقَوْا قِتالاً وأصابوا مالاً وأصابوا غَنائمَ، فما أصابَ العسْكَرَ قبل أنْ يَلْحَقَهم اللِّصُّ، فإنّ هذا اللِّصَّ لا يُشارِكُهم فيه، وما أصابوه بعدَ أنْ لَحِقَ هذا اللِّصُّ بهم فإنّه يُشارِكُهم؛ لأنّ الإصابةَ قبل اللَّحاقِ حَصَلَتْ بقِتالِ العسْكَرِ حقيقةً.

وكذلك الإحرازُ بدارِ الإسلامِ؛ لأنّ لهم غُنْيةً عن مَعونةِ اللِّصِّ فكان دُخولُه في الاستيلاءِ على المُصابِ قبل اللَّحاقِ وعَدَمِه بمنزلةٍ واحدةٍ، ولا يُشْبِه هذا الجيْشَ إذا لَحِقَهم المَدَدُ أنّه يُشارِكُهم فيما أصابوا؛ لأنّ الجيْشَ يَسْتَعينُ بالمَدَدِ لِقوّتِهم، فكان الإحرازُ حاصِلاً بالكُلِّ، وكذلك [(٢)] الإصابةُ بعدَ اللُّحوقِ حَصَلَتْ باستيلاءِ الكُلِّ، لِذلك شارَكَهم بخلافِ اللِّصِّ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ -.

وَلو أخذ واحدٌ من الجيْشِ شيئًا من المَتاعِ الذي له قيمةٌ، وليس في يَدِ [٤/ ٢٨ب] إنسانٍ منهم، كالمَعادِنِ والكُنوزِ والخشَبِ والسّمكِ، فذلك غَنيمةٌ، وفيه الخُمْسُ، وذلك [(٣)] الواحدُ إنّما أخذه بمَنَعةِ الجماعةِ وقوّتِهم، فكان مالاً مَأخوذًا على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ، فكان غَنيمةً، وإنْ لم يكنْ لِذلك الشّيءِ في دارِ الحربِ وفي دارِ الإسلامِ قيمةٌ فهو له خاصّةً؛ لأنّه إذا لم يكنْ له قيمةٌ لا [(٤)] يَقَعُ فيه تَمانُعٌ وتَدافُعٌ، فلا يَقَعُ أخْذُه على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ فلم يكنْ غَنيمةً.

ولو أخذ شيئًا له قيمةٌ في دارِ الحربِ نحوُ الخشَبِ فعَمِلَه آنيةً أو غيرَها رَدَّه إلى الغنيمةِ؛ لأنّه إذا كان له قيمةٌ بذاتِه فالعمَلُ فيه فضْلٌ له، فإنْ لم يكنْ ذلك الشّيءُ مُتَقَوِّمًا فهو له خاصّة لِما قُلْنا، ولا خُمْسَ فيما يُؤخَذُ على موادَعةِ أهلِ الحربِ؛ لأنّه ليس بمَأخوذٍ على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ، فلم يكنْ غَنيمةً، وكذا ما بُعِثَ رِسالةً إلى إمامِ المسلمينَ لا خُمْسَ فيه لِما قُلْنا.

ولو حاصَرَ المسلمونَ قَلْعةً في دارِ الحربِ، فافتَدَوْا أنْفُسَهم بمالٍ ففيه الخُمْسُ؛ لأنّه

---

(١) في المطبوع: «واحدًا».
(٢) في المطبوع: «ذلك».
(٣) زاد في المخطوط: «لأن ذلك».
(٤) في المخطوط: «لم».

غَنيمةٌ لِكونِه مَأخوذًا على سَبيلِ القَهْرِ والغَلَبةِ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَأمّا بيانُ ما يَمْلِكُه الإمامُ من التّصرُّفِ في الغنائمِ: ، فجُمْلَةُ الكَلامِ فيه أنّه:

إذا ظَهَرَ الإمامُ على (بلادِ أهلِ) [١] الحربِ فالمُسْتَوْلى [٢] عليه لا يخلو من أحدِ أنواعٍ ثلاثةٍ: المَتاعُ، والأراضي، والرّقابُ.

أمّا المتاعُ: فإنّه يُخَمَّسُ ويُقْسَمُ الباقي بينَ الغانِمينَ، ولا خيارَ للإمامِ فيه.

وأمّا الأراضي: فللإمامِ فيها خيارانِ إنْ شاء خَمَّسَها ويَقْسِمُ الباقيَ [بينَ الغانِمينَ] [٣] لِما بَيَّنّا، وإنْ شاء تَرَكَها في يَدِ أهلِها بالخراج وجعلهم ذِمّةً إنْ كانوا بمَحَلِّ الذِّمّةِ، بأنْ كانوا من أهلِ الكتابِ أو من مُشْرِكي العجمِ، ووَضَعَ الجِزْيةَ على رُءوسِهم والخراجَ على أراضيهم وهذا عندنا [٤]، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - ليس للإمامِ أنْ يَتْرُكَ الأراضيَ في أيديهم بالخراج بل يَقْسِمُها [٥].

(وجه) قولِه أنّ الأراضيَ صارتْ مِلْكًا للغُزاةِ بالاستيلاءِ، فكان التّرْكُ في أيديهم إبطالاً لِمِلْكِ الغُزاةِ فلا يَمْلِكُه الإمامُ كالمَتاعِ.

(ولَنا) إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم فإنّ سَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله عنه لَمّا فتَحَ سوادَ العِراق تَرَكَ الأراضيَ في أيديهم، وضرب على رُءوسِهم الجِزْيةَ، وعلى أراضيهم الخراجَ بمَحْضرِ من الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله عنهم ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ، فكان ذلك إجماعًا منهم.

وأمّا الرّقابُ فالإمامُ فيها بينَ خياراتٍ ثلاثٍ: إنْ شاء قَتَلَ الأسارَى منهم، وهم الرّجالُ المُقاتلةُ، وسَبَى النِّساءَ والذّراريَّ؛ لِقولِه تَبارَك وتعالى: ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال:١٢]

---

(١) في المخطوط: «دار».

(٢) في المخطوط: «فاستولى».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٨٥)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٧٠-٤٧٢)، الاختيار (٤/ ١٢٤)، البناية (٦/ ٥٣٣-٥٣٦)، الدر المختار (٤/ ١٣٨).

(٥) مذهب الشافعية: أن أرض الكفار إذا فتحت عنوة، فإنها تكون غنيمة كسائر الأموال، يخرج خمسها إلى أهل الخمس، ويقسم الباقي بين الغانمين كقسمة الأموال المنقولة، إلا أن يرى الإمام أن يستنزلهم عنها بطيب أنفسهم أو بعوض يبذله لهم ليفضها على كافة المسلمين، وإلا فهي غنيمة مقسومة كالمنقول. انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ٣٠١)، الوسيط (٤/ ٥٤٢)، الروضة (١٠/ ٢٧٥)، مغني المحتاج (٣/ ٢٣٤).

وهذا بعدَ الأخْذِ والأسرِ؛ لأنّ الضَّرْبَ فوْقَ الأعناقِ هو الإبانةُ من المِفْصَلِ، ولا يُقْدرُ على ذلك حالَ القِتالِ، ويُقْدرُ عليه بعدَ الأخْذِ والأسرِ، وروِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ لَمّا استَشارَ الصّحابةَ الكِرامَ رضي الله عنهم في أسارَى بَدْرٍ، فأشارَ بعضُهم إلى الفِداءِ، وأشارَ سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه إلى القَتْلِ، فقَالَ رَسُولُ اللَّه ﷺ: **«لو جَاءَتْ من السّماءِ نَارٌ مَا نَجَا إلّا عُمَرُ»** أشارَ عليه الصلاة والسلام إلى أنّ الصّوابَ كان هو القَتْلَ، وكذا روِيَ أنّه ﷺ أمَرَ بقَتْلِ عُقْبَةَ بنِ أبي مُعَيْطٍ، والنّضْرِ بنِ الحارثِ يومَ بَدْرٍ، وبقَتْلِ هِلالِ بنِ خَطَلٍ ومَقيسِ بنِ صَبابَةَ يومَ فتْحِ مَكّةَ، ولأنّ المَصْلَحةَ قد تكونُ في القَتْلِ لِما فيه من استئصالِهم، فكان للإمامِ ذلك، وإنْ شاء استَرَقَّ الكُلَّ فخَمَسَهم وقَسَمَهم، لأنّ الكُلَّ غَنيمةٌ حقيقةً لِحُصولِها في أيديهم عنوةً وقَهْرًا بإيجافِ الخيْلِ والرّكابِ، فكان له أنْ يَقْسِمَ الكُلَّ إلاّ رِجالَ مُشْرِكي العرَبِ والمُرْتَدّينَ، فإنّهم لا يُسْتَرَقّونَ عندنا [١]، بل يُقْتَلونَ أو يُسْلِمونَ، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - يجوزُ استِرْقاقُهم [٢].

(وجه) قولِه: أنّه يجوزُ استِرْقاقُ مُشْرِكي العجمِ، وأهلِ الكتابِ من العجمِ والعرَبِ، فكذا استِرْقاقُ مُشْرِكي العرَبِ، والمُرْتَدّينَ، وهذا لأنّ للاستِرْقاقِ [٣] حُكْمَ الكُفْرِ، وهم في الكُفْرِ سواءٌ، فكانوا في احتمالِ الاستِرْقاقِ سواءً.

(ولَنا) [٤] قولُه - سبحانه وتعالى -: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥] إلى قولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمۡۚ﴾ [التوبة: ٥] ولأنّ تَرْكَ القَتْلِ بالاستِرْقاقِ في حَقِّ أهلِ الكتابِ ومُشْرِكي العجمِ؛ لِلتَّوَسُّلِ إلى الإسلامِ ومعنى الوسيلةِ لا يتحقّقُ في حَقِّ مُشْرِكي العرَبِ والمُرْتَدّينَ على نحوِ ما بيّنّا من قبلُ.

وأمّا النِّساءُ والذَّراريُّ منهم فيُسْتَرَقّونَ كما يُسْتَرَقُّ نِساءُ مُشْرِكي العجمِ وذَراريهم؛ لأنّ النّبيَّ ﷺ استَرَقَّ نِساءَ هَوازِنَ [وذَراريَّهم] [٥]، وهم من صَميمِ العرَبِ. وكذا الصّحابةُ استَرَقوا نِساءَ المُرْتَدّينَ [٤/ ٢٩أ] من العرَبِ وذَراريهم، وإنْ شاء مَنَّ عليهم وتَرَكَهم أحرارًا بالذِّمّةِ، كما فعَلَ سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه بسوادِ العِراقِ إلاّ مُشْرِكي العرَبِ

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٨٢٤).
(٢) ومذهب الشافعية: أن الإمام مخير في الأسارى بين القتل والاسترقاق. انظر: رحمة الأمة (٥٣٦).
(٣) في المخطوط: «الاسترقاق».
(٤) في المخطوط: «وأما».
(٥) ليست في المخطوط.

والمُرْتَدّينَ، فإنّه لا يجوزُ تَرْكُهم بالذِّمّةِ وعقدِ الجِزْيةِ، كما لا يجوزُ بالاستِرْقاقِ لِما بيَّنّا.

ولو شَهِدوا بشهادةٍ قبل أنْ يجعلَهم الإمامُ ذِمّةً لم تجُزْ شهادَتُهم؛ لأنّهم أهلُ الحربِ، فإنْ جعلهم ذِمّةً فأعادوا الشَّهادةَ جازَتْ؛ لأنّ شهادةَ أهلِ الذِّمّةِ مقبولةٌ في الجُمْلةِ، فأمّا شهادةُ أهلِ الحربِ فغيرُ مقبولةٍ أصلاً، وليس للإمامِ أنْ يَمُنّ على الأسيرِ فيَتْرُكَه من غيرِ ذِمّةٍ، لا يقْتُلُه ولا يَقْسِمُه؛ لأنّه لو فعَلَ ذلك لَرجع إلى المَنَعةِ فيَصيرُ حَرْبًا علينا.

فإن قيل: [(١)]أنّ رسولَ اللّه ﷺ مَنّ على الزُّبيرِ بنِ باطا من بَني قُرَيْظةَ.

وكذا مَنّ على أهلِ خَيْبَرَ فالجوابُ أنّه ثبَتَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ مَنّ على الزُّبيرِ ولم يَقْتُلْه إمّا لأنّه لم يَثْبُتْ أنّه تُرِك بالجِزْيةِ أم بدونِها، فاحتَمَلَ أنّه تَرَكَه بالجِزْيةِ وبِعقدِ الذِّمّةِ.

وأمّا أهلُ خَيْبَرَ فقد كانوا أهلَ الكتابِ فتَرَكَهم ومَنّ عليهم لِيَصيروا كرّةً للمسلمينَ، ويجوزُ المَنُّ لِذلك لأنّ ذلك في معنى الجِزْيةِ، فيكونُ تَرْكًا بالجِزْيةِ من حيث المعنى والله أعلم.

وَهل للإمامِ أنْ يُفاديَ الأسارَى؟ أمّا المُفاداةُ بالمالِ فلا تجوزُ عند أصحابِنا في ظاهرِ الرّواياتِ.

وقال محمد: مُفاداةُ الشّيخِ الكَبيرِ الذي لا يُرْجَى له ولَدٌ تجوزُ [(٢)]، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - تجوزُ المُفاداةُ بالمالِ كيْفَ ما كان [(٣)].

واحتجَّ بظاهرِ قولِه - عزّ وجلّ -: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد:٤] وقد فادَى رسولُ اللّه ﷺ أسارَى بَدْرٍ بالمالِ، وأدْنَى درَجاتِ فعلِه عليه الصلاة والسلام الجوازُ والإباحةُ.

(ولَنا) أنّ قَتْلَ الأسرَى [(٤)] مَأمورٌ به؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال:١٢] وأنّه مُنْصَرِفٌ إلى ما بعدَ الأخْذِ والاستِرْقاقِ [(٥)]لِما قُلْنا.

---

(١) زاد في المخطوط: «أليس».
(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٤٨٠).
(٣) ومذهب الشافعية أنه لا بأس بأن يفادى أسرى المشركين بالمال وإن شاء من غيرهم. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٤٨٠).
(٤) في المخطوط: «الأسير».
(٥) في المخطوط: «والأسر».

وقوله - سبحانه وتعالى -: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة:٥] والأمرُ بالقَتْلِ لِلتَّوَسُّلِ إلى الإسلامِ، فلا يجوزُ تَرْكُه إلاّ لِما شُرِعَ له القَتْلُ، وهو أنْ يكونَ وسيلةً إلى الإسلامِ ولا يحصُلُ معنى التَّوَسُّلِ بالمُفاداةِ، فلا يجوزُ تَرْكُ المَفْروضِ لأجلِه، ويحصُلُ بالذِّمَّةِ والاسترْقاقِ لِما بَيَّنّا فكان إقامةً للفَرْضِ معنًى لا تَرْكًا له، ولأنّ المُفاداةَ بالمالِ إعانةٌ لأهلِ الحربِ على الحِرابِ؛ لأنّهم يرجعونَ إلى المَنَعةِ فيَصيرونَ حَرْبًا علينا، وهذا لا يجوزُ، محمَّدٌ - رحمه الله - يقولُ: معنى الإعانةِ لا يحصُلُ من الشّيخِ الكَبيرِ الذي لا يُرْجَى منه ولَدٌ فجاز فِداؤُه بالمالِ، ولكنّنا[1] نَقولُ: إنْ كان لا يحصُلُ بهذا الطَّريقِ يحصُلُ بطريقٍ آخرَ، وهو الرَّأيُ والمَشورةُ وتكْثيرُ السَّوادِ.

وامّا قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد:٤] فقد قال بعضُ أهلِ التّفْسيرِ: إنّ الآيةَ مَنْسوخةٌ بقولِه - تَبارَك وتعالى -: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة:٥]، وقوله تَبارَك وتعالى -: ﴿قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾ [التوبة:٢٩] الآيةَ لأنّ سورةَ بَراءةَ نَزَلَتْ بعدَ سورةِ محمّدٍ ﷺ، ويُحْتَمَلُ أنْ تكونَ الآيةُ في أهلِ الكتابِ فيمَنْ مُنّ عليهم بعدَ أسرِهم، على أنْ يَصيروا كرّةً للمسلمينَ كما فعَلَ رسولُ اللّه ﷺ بأهلِ خَيْبَرَ، أو ذِمّةً كما فعَلَ سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه بأهلِ السَّوادِ، ويُسْتَرَقّونَ.

(وامّا) أسارَى بَدْرٍ فقد قيل: إنّ رسولَ اللّه ﷺ إنّما فعَلَ ذلك باجتِهادِه ولم يَنْتَظِرِ الوحْيَ فعوتِبَ عليه بقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿لَّوْلَا كِتَٰبٌ مِّنَ ٱللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَآ أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [الأنفال:٦٨] حتّى قالَ ﷺ: **«لو أنزَلَ اللّه من السّماءِ نارًا ما نَجا إلّا - عُمَرُ رضي الله عنه-»** يَدُلُّ عليه قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِىٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الأنفال:٦٧] على أحدِ وجهَي التّأويلِ أي ما كان لِنَبيٍّ أنْ يأخذَ الفِداءَ في الأسارَى حتّى يُثْخِنَ في الأرضِ، أي حتّى يَغْلِبَ في الأرضِ مَنَعةً عن أخْذِ الفِداءِ بها، وأشارَ إلى أنّ ذلك ليَغْلِبَ في الأرضِ؛ إذْ لو أطْلَقَهم لَرَجَعوا إلى المَنَعةِ، وصاروا حَرْبًا على المسلمينَ فلا تَتَحقّقُ الغلَبةُ، ويحتملُ أنّ المُفاداةَ كانت جائزةً ثُمّ انتَسَخَتْ بقولِه - تَبارَك وتعالى -: ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال:١٢]: [وقوله][2] ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة:٥]. وإنّما عوتِبَ ﷺ [بقوله تعالى][3] ﴿لَّوْلَا كِتَٰبٌ مِّنَ ٱللَّهِ سَبَقَ﴾ لا لِخَطَرِ المُفاداةِ، بل لأنّه عليه

(١) في المخطوط: «ولكنا». (٢) زيادة من المخطوط
(٣) زيادة من المخطوط.

الصلاة والسلام لم يَنْتَظِرْ بُلوغَ الوحْيِ، وعَمِلَ باجتِهادِه، أي لولا من حُكْمِ اللَّه - تعالى - أنْ لا يُعَذِّبَ أحدًا على العمَلِ بالاجتِهادِ، لَمَسَّكُمُ العذابُ بالعمَلِ بالاجتِهادِ، وتَرْكِكُم انتِظارَ الوحْيِ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

وَكذا لا[٤/ ٢٩ب] تجوزُ مُفاداةُ الكُراعِ [والسِّلاح] [١] بالمالِ؛ لأنّ كُلَّ ذلك يرجعُ إلى إعانَتِهم على الحربِ، وتجوزُ مُفاداةُ أسارَى المسلمينَ بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ والثِّيابِ ونحوِها مِمّا ليس فيها [٢] إعانةٌ لهم على الحربِ، ولا يُفادونَ بالسِّلاحِ؛ لأنّ فيه إعانةً لهم على الحربِ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

(وأمّا) مُفاداةُ الأسيرِ [بالأسير] [٣] فلا تجوزُ عند أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ.

وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ تجوزُ.

(وجه) قولِهما: أنّ في المُفاداةِ إنْقاذَ [٤] المسلمِ، وذلك أولى من إهلاكِ الكافرِ ولأبي حنيفةَ ما ذَكَرْنا أنّ قَتْلَ المُشْركينَ فُرِضَ بقولِه - تعالى -: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة:٥] وقوله تعالى: ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال:١٢] فلا يجوزُ تَرْكُه إلاّ لِما شُرِعَ له إقامةُ الفرْضِ وهو التَّوَسُّلُ إلى الإسلامِ؛ لأنّه لا يكونُ تَرْكًا معنًى، وذا لا يحصُلُ بالمُفاداةِ، ويحصُلُ بالذِّمّةِ والاستِرْقاقِ فيمَنْ يحتملُ ذلك على ما بيَّنّا، ولِما ذَكَرْنا أنّ فيها إعانةً لأهلِ الحربِ على الحربِ؛ لأنّهم يرجعونَ إلى المَنَعةِ فيَصيرونَ حَرْبًا على المسلمينَ، ثُمّ اختلف أبو يوسفَ ومحمّدٌ فيما بينَهما.

قال أبو يوسفَ: تجوزُ المُفاداةُ قبل القسمةِ، ولا تجوزُ بعدَها وقال محمّدٌ: تجوزُ في الحالينِ.

(وجه) قولِ محمّدٍ: أنّه لَمّا جازَتِ المُفاداةُ قبل القسمةِ، فكذا بعدَ القسمةِ؛ لأنّ المِلْك إنْ لم يَثْبُتْ قبل القسمةِ فالحقُّ ثابِتٌ، ثُمّ قيامُ الحقِّ لم يمنعْ جوازَ المُفاداةِ، فكذا قيامُ المِلْكِ.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ: أنّ المُفاداةَ بعدَ القسمةِ إبطالُ مِلْكِ المقسومِ له من غيرِ رضاه، وهذا لا يجوزُ في الأصلِ، بخلافِ ما قبل القسمةِ؛ لأنّه لا مِلْك قبل القسمةِ، إنّما الثّابِتُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فيه».
(٣) زيادة من المخطوط
(٤) في المخطوط: «خلاص».

حَقٌّ غيرُ مُتقَرِّرٍ، فجاز أنْ يكونَ مُحْتَمِلاً للإبطالِ بالمُفاداةِ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

وَلا يجوزُ أنْ يُعْطَى رجلٌ واحدٌ من الأسارَى، ويُؤخَذَ بَدَلَه رجلينِ من المُشْرِكينَ؛ لأنّ كَمْ من واحدٍ يَغْلِبُ اثنينِ وأكثرَ من ذلك فيُؤَدّي إلى الإعانةِ على الحربِ، وهذا لا يجوزُ.

وإذا عَزَمَ المسلمونَ على قَتْلِ الأسارَى، فلا يَنْبَغي أنْ يُعَذِّبوهم بالجوعِ والعطَشِ وغيرِ ذلك من أنواعِ التّعذيبِ؛ لأنّ ذلك تَعْذيبٌ من غيرِ فائدةٍ وقد رُوِيَ أنْ رَسُولَ اللَّه ﷺ قَالَ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ: «لَا تَجْمَعُوا عليهم حَرَّ هذَا اليومِ، وحَرَّ السِّلَاحِ، ولَا تُمَثِّلُوا بهم»[1] لِقولِه ﷺ فِي وصَايَا الأُمَرَاءِ: «وَلَا تُمَثِّلُوا ولَا يَنْبَغِي لِلرّجلِ أنْ يَقْتُلَ أسِيرَ صَاحِبِهِ»[2]؛ لأنّه[3] له ضَرْبُ اختصاصٍ به حيث أخذه وأسَرَه، فلم يكنْ لِغيرِه أنْ يتصَرَّفَ فيه كما لو التَقَطَ شيئًا، والأفضَلُ أنْ يأتيَ به الإمامَ إنْ قَدرَ[4] عليه حتّى يكونَ الإمامُ هو الحكَمَ[5] فيه؛ لِتَعلُّقِ حَقِّ الغُزاةِ به، فكان الحُكْمُ فيه للإمامِ، وإنّما يُقْتَلُ من الأسارَى مَنْ بَلَغَ إمّا بالسِّنِّ، أو بالاحتلامِ على قدرِ ما اختُلِفَ فيه.

فأمّا مَنْ لم يَبْلُغْ أو شُكَّ في بُلوغِه فلا يُقْتَلُ، وكذا المعتوه الذي لا يَعْقِلُ لِما بَيَّنّا من قبلُ.

فلو قَتَلَ رجلٌ من المسلمينَ أسيرًا في دارِ الحربِ أو في دارِ الإسلامِ، فإنْ كان قبل القسمةِ فلا شيءَ فيه من ديةٍ ولا كفّارةٍ ولا قيمةٍ؛ لأنّ دَمَه غيرُ معصومٍ قبل القسمةِ، فإنّ للإمامِ فيه خيرَةَ القَتْلِ، وإنْ كان بعدَ القسمةِ أو بعدَ البيعِ فيُراعَى فيه حُكْمُ القَتْلِ؛ لأنّ الإمامَ إذا قَسَمَهم أو باعهم فقد صار دَمُهم معصومًا، فكان مضمونًا بالقَتْلِ، إلاّ أنّه لا يجبُ القِصاصُ لِقيامِ شُبْهةِ الإباحةِ كالحربيِّ المُسْتأمَنِ، ثُمّ ما ذَكَرْنا من خيارِ القَتْلِ للإمامِ في الأسارَى قبل القسمةِ إذا لم يُسْلِموا، فإنْ أسلَموا قبل القسمةِ فلا يُباحُ قَتْلُهم؛ لأنّ الإسلامَ عاصِمٌ، وللإمامِ خياراتٌ فيهم، إنْ شاء استَرَقَّهم فقَسَمَهم، وإنْ شاء تَرَكَهم أحرارًا بالذِّمّةِ إنْ كانوا بمَحَلِّ الذِّمّةِ والاستِرْقاقِ؛ لأنّ الإسلامَ [لا][6] يَرْفَعُ الرِّقَّ، أمّا لا يَرْفَعُه لأنّ الرَّفْعَ فيه إبطالُ حَقِّ الغُزاةِ وهذا لا يجوزُ.

---

(١) أورده المناوي في فيض القدير (٤/ ٤٠٦).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) في المخطوط: «لأن».
(٤) في المخطوط: «قدروا».
(٥) في المخطوط: «الحاكم».
(٦) ليست في المخطوط.

(وأمّا) بيانُ قسمةِ الغنائمِ فنقولُ - وباللَّه التَّوْفيقُ: القسمةُ نوعانِ، قسمةُ حَمْلٍ ونَقْلٍ، وقسمةُ مِلْكٍ.

(أمّا) قسمةُ الحمْلِ، فهي إنْ عَزَّتِ الدَّوابُّ، ولم يجِدِ الإمامُ حَمولةً يُفَرِّقُ [1] الغنائمَ على الغُزاةِ فيحمِلُ [2] كُلُّ رجلٍ على قدرِ نَصيبِه إلى دارِ الإسلامِ، ثُمّ يَسْتَرِدُّها منهم فيَقْسِمُها قسمةَ مِلْكٍ، وهذه القسمةُ جائزةٌ بلا خلافٍ، ولا تكونُ قسمةَ مِلْكٍ كالمودِعَيْنِ يقتسِمانِ الوديعةَ ليحفَظَ كُلُّ واحدٍ منهما بعضَها جاز ذلك، وتكونُ قسمةَ [حفظ لا قسمة] [3] مِلْكٍ فكذا هذا.

(وأمّا) قسمةُ المِلْكِ فلا تجوزُ في دارِ الحربِ عند أصحابِنا [4].

[٤/ ٣٠أ] وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - تجوزُ [5].

وهذا الاختلافُ مَبنيٌّ على أصلٍ، وهو أنّ المِلْك هل يَثْبُتُ في الغنائمِ في دارِ الحربِ للغُزاةِ؟

فعندنا لا يَثْبُتُ المِلْكُ أصلاً فيها، لا من كُلِّ وجهٍ، ولا من وجهٍ، ولكنْ يَنْعَقِدُ سببُ المِلْكِ فيها على أنْ تَصيرَ عِلّةً (عند الإحراز) [6] بدارِ الإسلامِ، وهو تفسيرُ حَقِّ المِلْكِ، أو حَقِّ التَّمَلُّكِ عندنا، وعنده [7] يَثْبُتُ المِلْكُ قبل الإحرازِ بدارِ الإسلام بعدَ الفراغِ من القِتالِ قولاً واحدًا، وله في حالِ فوْرِ الهَزيمةِ قولانِ، ويُبنَى [8] على هذا الأصلِ مَسائلُ:

(منها): أنّه إذا مات واحدٌ من الغانِمينَ في دارِ الحربِ لا يورَثُ نَصيبُه عندنا [9]،

---

(١) في المخطوط: «ففرق».
(٢) في المخطوط: «ليحمل».
(٣) زيادة من المخطوط
(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٨٢)، رؤوس المسائل (ص ٣٦٧)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٧٨)، الاختيار (٤/ ١٢٦)، البناية (٦/ ٥٤٣).
(٥) ومذهب الشافعية: أنه يستحب أن تقسم الغنائم في دار الحرب، ويكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر. انظر: مختصر المزني (ص ٢٧٠)، الحاوي الكبير (١٨/ ١٨٦، ١٨٧)، الوسيط (٤/ ٥٤٢)، الوجيز (١/ ٢٩١)، الروضة (٦/ ٣٧٦).
(٦) في المخطوط: «عندنا للإحراز».
(٧) في المخطوط: «وعند الشافعي».
(٨) في المخطوط: «وينبني».
(٩) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٨٥)، رؤوس المسائل (ص ٣٦٦)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٨٤)، الاختيار (٤/ ١٢٦)، البناية (٦/ ٥٥٢).

وعنده يورَثُ [١] واللَّه تعالى أعلمُ.

(ومنها): أنّ المَدَدَ إذا لَحِقَ الجيْشَ فأحرَزوا الغنائمَ جُمْلةً إلى دارِ الإسلامِ يُشارِكونَهم فيها عندنا [٢]، وعنده لا يُشارِكونَهم [٣].

(ومنها): أنّه إذا أتْلَفَ واحدٌ من الغانِمينَ شيئًا من الغنيمةِ لا يضمنُ عندنا، وعنده يضمنُ.

(ومنها): أنّ الإمامَ إذا باع شيئًا من الغنائمِ لا لِحاجةِ الغُزاةِ، لا يجوزُ عندنا [٤]، وعنده يجوزُ [٥].

(ومنها): أنّ الإمامَ إذا قَسَمَ الغنائمَ في دارِ الحربِ مُجازِفًا غيرَ [٦] مُجْتَهِدٍ ولا مُعْتَقِدٍ جوازَ القسمةِ لا تجوزُ [٧] عندنا، وعنده تجوزُ.

(فأمّا) إذا رأى الإمامُ القسمةَ فقَسَمَها نَفَذَتْ قسمَتُه بالإجماعِ، وكذلك لو رأى البيعَ فباعها؛ لأنّه حُكْمٌ أمضاه في مَحَلِّ الاجتِهادِ بالاجتِهادِ [٨] فيَنْفُذُ.

---

(١) ومذهب الشافعية أنه من مات من المجاهدين في دار الحرب قبل الشروع في القتال فلا حق له في الغنيمة ولو مات بعد انقضاء الحرب وحيازة الأموال انتقل حقه إلى ورثته، ولو مات بعد انقضاء الحرب وقبل الحيازة انتقل حقه إلى ورثته على الأصح ولو مات في أثناء القتال سقط حقه على المنصوص. انظر: التنبيه (ص ١٤٥)، الوسيط (٤/ ٥٤٣)، الروضة (٦/ ٣٧٨)، المنهاج (ص ١٣٨)، مغني المحتاج (٤/ ٢٣٤).

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٨٥)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٨١)، الاختيار (٤/ ١٢٧)، البناية (٦/ ٥٤٨)، الدر المختار (٤/ ١٤١).

(٣) وفي بيان مذهب الشافعية إن لحق بمن شهد الوقعة مدد من المسلمين عونًا لهم فعلى ثلاثة أحوال: الأول: أن يلحقوا بهم قبل أن تقضى الحرب والمدد يشاركونهم في غنيمتها إذا شهدوا بقية حربها. الحال الثاني: أن يلحقوا بهم بعد انقضاء الحرب وحيازة غنيمتها. الحال الثالث: أن يلحقوا بهم بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة غنيمتها وفيه قولان: أظهرهما: لا يشاركونهم فيها. انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ١٨٠)، الوسيط (٤/ ٥٤٢، ٥٤٣)، الروضة (٦/ ٣٧٧).

(٤) انظر في مذهب الحنفية: شرح فتح القدير (٥/ ٤٨٤)، الاختيار (٤/ ١٢٦)، البناية (٦/ ٥٥٢)، الدر المختار (٤/ ١٤١).

(٥) مذهب الشافعية: أنه يجوز بيع الغنيمة قبل القسمة في دار الحرب، وذلك إذا اختار الغانم تملكها، ويجعل بيعها اختيارًا لتملكها. انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ١٨٢).

(٦) في المخطوط: «اعتبر». (٧) في المخطوط: «يجوز».

(٨) في المخطوط: «باجتهاد».

(وجه) قولِ الشّافعيِّ - رحمه الله -: ما رويَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ قَسَمَ غنائمَ خَيْبَرَ بخَيْبَرَ [(١)]، وقَسَمَ غنائمَ أوطاسٍ بأوطاسٍ، وقَسَمَ غنائمَ بَني المُصْطَلِقِ في ديارِهم، وقَسَمَ غَنائمَ بَدْرٍ بالجِعْرانةِ وهي وادٍ من أوديةِ بَدْرٍ، وأدْنَى ما يُحْمَلُ عليه فعلُ النّبيِّ ﷺ هو الجوازُ والإباحةُ، ولأنّه وجَدَ الاستيلاءَ على مالٍ مُباحٍ فيُفيدُ المِلْك استِدْلالاً بالاستيلاءِ على الحطَبِ والحشيشِ، ولا شَكَّ أنّ المُسْتَوْلى عليه مالٌ مُباحٌ؛ لأنّه مالُ الكافِرِ، وأنّه مُباحٌ.

والدَّليلُ على تَحقُّقِ الاستيلاءِ أنّ الاستيلاءَ عِبارةٌ عن إثباتِ اليَدِ على المَحَلِّ، وقد وُجِدَ ذلك حقيقةً، وإنْكارُ الحقائقِ مُكابَرةٌ، ورَجْعةُ الكُفّارِ بعدَ انهِزامِهم واستِرْدادِهم أمرٌ موهومٌ لا دليلَ عليه، فلا يُعْتَبَرُ.

(ولَنا) أنّ الاستيلاءَ إنّما يُفيدُ المِلْك إذا ورَدَ على مالٍ مُباحٍ غيرِ مملوكٍ، ولم يوجدْ هاهنا؛ لأنّ (مِلْك الكَفَرةِ قائمٌ؛ لأنّ مِلْك الكَفَرةِ) [(٢)] كان ثابِتًا لهم، والمِلْكُ متى ثَبَتَ لإنسانٍ لا يَزولُ إلاّ بإزالَتِه، أو يخرُجُ [(٣)] المَحَلُّ من أنْ يكونَ مُنْتَفَعًا به حقيقةً بالهَلاكِ، أو بعَجْزِ المالِكِ عن الانتِفاعِ به دَفْعًا لِلتّناقُضِ فيما شُرِعَ المِلْكُ له، ولم يوجدْ شيءٌ من ذلك.

(أمّا) الإزالةُ وهَلاكُ المَحَلِّ فظاهرُ العدَمِ، وأمّا قُدْرةُ الكَفَرةِ على الانتِفاعِ بأموالِهم؛ فلأنّ الغُزاةَ ما داموا في دارِ الحربِ فالاستِرْدادُ ليس بنادِرٍ، بل هو ظاهرٌ أو مُحْتَمَلٌ احتمالاً على السَّواءِ، والمِلْكُ كان ثابِتًا لهم فلا يَزولُ مع الاحتمالِ.

وأمّا الأحاديث: فأمّا غنائمُ خَيْبَرَ وأوطاسَ و [بني] [(٤)] المُصْطَلِقِ، فإنّما قَسَمَها رسولُ اللّه ﷺ في تلك الدّيارِ؛ لأنّه افتتَحَها فصارتْ ديارَ الإسلامِ.

(وأمّا) غنائمُ بَدْرٍ فقد رويَ أنّه عليه الصلاة والسلام قَسَمَها بالمَدينةِ، فلا يصحُّ الاحتجاجُ به مع [(٥)] التّعارُضِ ثُمّ المِلْكُ إنْ لم يَثْبُتْ للغُزاةِ في الغنائمِ في دارِ الحربِ، فقد ثَبَتَ الحقُّ لهم حتّى يجوزَ لهم الانتِفاعُ بها من غيرِ حاجةٍ على ما نذكرُه، ولولا تَعلُّقُ الحقِّ لَجازَ؛ لأنّه يكونُ مالاً مُباحًا وكذا لو وطِئَ واحدٌ من الغُزاةِ جاريةً من المغنَمِ لا

---

(١) انظر سنن البيهقي (٩/ ٥٦).

(٢) في المخطوط: «الملك».

(٣) في المخطوط: «بخروج».

(٤) زيادة من المخطوط

(٥) في المخطوط: «من».

يجبُ عليه الحدُّ؛ لأنّ له فيها حَقًّا فأورثَ شُبْهَةً في درءِ الحدِّ، ولا يجبُ عليه العُقْرُ أيضًا؛ لأنّه بالوطءِ أتْلَفَ جُزْءًا من مَنافعِ بضْعِها، ولو أتْلَفَها لا يضمنُ، فهاهنا أولى ولا يَثْبُتُ النّسَبُ أيضًا لو ادَّعَى الولدَ؛ لأنّ ثَباتَ النّسَبِ مُعْتَمَدُ [1] المِلْكِ أو الحقِّ الخاصِّ، ولا مِلْك هاهنا، والحقُّ عامٌّ.

وكذا لو أسلَمَ الأسيرُ في دارِ الحربِ لا يكونُ حُرًّا، ويدخلُ في القسمةِ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغانِمينَ به بنفسِ الأخْذِ والاستيلاءِ، فاعتِراضُ الإسلامِ عليه لا يُبْطِلُه بخلافِ ما إذا أسلَمَ قبلَ الأسرِ أنّه يكونُ حُرًّا، ولا يدخلُ في القسمةِ؛ لأنّ عند الأخْذِ والأسرِ لم يتعَلَّقْ به حَقُّ أحدٍ، فكان الإسلامُ دافعًا الحقَّ، لا رافعًا إيّاه على ما بَيّنّا.

(وأمّا) بعدَ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ قبل القسمةِ فيَثْبُتُ المِلْكُ، أو يتأكَّدُ الحقُّ ويتقرَّرُ؛ لأنّ الاستيلاءَ الثّابِتَ انعقَدَ سببًا لِثُبوتِ المِلْكِ، أو تأكُّدِ الحقِّ على أنْ [٤/ ٣٠ب] يَصيرَ عِلّةً عند وُجودِ شرطِها، وهو الإحرازُ بدارِ الإسلامِ، وقد وُجِدَ، فتجوزُ القسمةُ ويجري فيه الإرْثُ، ويضمنُ المُتْلِفُ، وتَنْقَطِعُ شركةُ المَدَدِ ونحوُ ذلك، إلاّ أنّه لو أعتَقَ واحدٌ من الغانِمينَ عبدًا من المغنَمِ لا يَنْفُذُ [2] إعتاقُه استحسانًا؛ لأنّ نَفاذَ [3] الإعتاقِ يَقِفُ على المِلْكِ الخاصِّ، ولا يتحَقّقُ ذلك إلاّ بالقسمةِ، فأمّا الموجودُ قبل القسمةِ فمِلْكٌ عامٌّ، أو حَقٌّ مُتأكِّدٌ، وأنّه لا يحتملُ الإعتاقَ لكنّه يحتملُ الإرْثَ والقسمةَ، ويَكْفي لإيجابِ الضّمانِ، وانقِطاعِ شركةِ المَدَدِ على ما بَيّنّا.

وكذلك لو استَوْلَدَ جاريةً من المغنَمِ وادَّعَى الولدَ لا تَصيرُ أُمَّ [له] [4] ولَدٍ استحسانًا؛ لِما بَيّنّا أنّ إثباتَ [5] النّسَبِ وأُموميّةَ الولدِ يَقِفانِ [6] على مِلْكٍ خاصٍّ، وذلك بالقسمةِ، أو حَقٍّ خاصٍّ، [ولم يوجدْ] [7]، ويَلْزَمُه العُقْرُ؛ لأنّ ذلك المِلْك العامَّ أو الحقَّ الخاصَّ [8] يكونُ مضمونًا بالإتلافِ.

(وأمّا) بعدَ القسمةِ فيَثْبُتُ المِلْكُ الخاصُّ لِكُلِّ واحدٍ منهم في نَصيبِه؛ لأنّ القسمةَ إفْرازُ الأنْصِباءِ وتَعْيينُها، ولو قَسَمَ الإمامُ الغنائمَ فوقَعَ عبدٌ في سَهْمِ رجلٍ فأعتَقَه، لا شَكَّ أنّه

(١) في المخطوط: «يعتمد».
(٢) في المخطوط: «ينفد».
(٣) في المخطوط: «نفاد».
(٤) زيادة من المخطوط
(٥) في المخطوط: «ثبات».
(٦) في المخطوط: «تقف».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «المتأكد».

يَنْفُذُ إعتاقُه؛ لأنّ الإعتاقَ صادَفَ مِلْكًا خاصًّا فأمّا إذا وقَعَ في سَهْمِ جماعةٍ منهم عبدٌ فأعتقَه أحدُهم، يَنْفُذُ إعتاقُه عند أبي حنيفةَ رحمه الله قَلَّ الشُّرَكاءُ أو كثُروا.

(ورويَ) عن أبي يوسفَ إنْ كانوا عشرةً أو أقَلَّ منها يَنْفُذُ إعتاقُه، وإنْ كانوا أكثرَ من ذلك لا يَنْفُذُ فأبو حنيفةَ - رحمه الله - نَظَرَ في خُصوصِ المِلْكِ إلى القسمةِ، وأبو يوسفَ إلى العدَدِ، والصّحيحُ نَظَرُ أبي حنيفةَ؛ لأنّ القسمةَ تمييزٌ وتَعْيينٌ، فكانت قاطِعةً لِعُمومِ الشَّرِكةِ، مُخَصِّصةً للمِلْكِ وإنْ كثُرَ العدَدُ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَلو أخذ المسلمونَ غَنيمةً ثُمّ غَلَبَهم العدوُّ فاستَنْقَذوها من أيديهم، ثُمّ جاءَ عَسْكَرٌ آخرُ فأخذها من العدوِّ فأخْرَجوها إلى دارِ الإسلامِ، ثُمّ اختَصَمَ الفريقانِ نُظِرَ في ذلك، فإنْ كان الأوّلونَ لم يقتسِموها ولم يُحْرِزوها بدارِ الإسلامِ فالغنيمةُ للآخرينَ، لأنّ الأوّلينَ لم يَثْبُتْ لهم إلاّ مُجَرَّدُ حَقٍّ غيرِ مُتَقَرِّرٍ، وقد ثَبَتَ للآخرينَ مِلْكٌ عامٌّ أو حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ يجري مجرَى المِلْكِ، فكانوا أولى بالغنائمِ، وإنْ كان الأوّلونَ قد اقْتَسَموها فالقسمةُ [1] لهم، وإنْ كانوا لم يُحْرِزوها بدارِ الإسلامِ؛ لأنّهم مَلَكوها بالقسمةِ مِلْكًا خاصًّا، فإذا غَلَبَهم الكُفّارُ فقد استَوْلوا على أملاكِهم، فإنْ وجَدوها [2] في يَدِ الآخرينَ قبل القسمةِ أخَذوها بغيرِ شيءٍ، وإنْ وجَدوها بعدَ القسمةِ أخَذوها بالقيمةِ إنْ شاءوا كما في سائرِ أموالِهم التي استَوْلى عليها العدوُّ، ثُمّ وجَدوها في يَدِ الغانِمينَ قبل القسمةِ وبعدَها.

وإنْ كانوا لم يقتسِموها ولكنّهم أحرَزوها بدارِ الإسلامِ، فإنْ وجَدوها بعدَ قسمةِ الآخرينَ فالآخرونَ أولى؛ لأنّ الثّابِتَ لهم مِلْكٌ خاصٌّ بالقسمةِ والثّابِتِ للأوّلينَ مِلْكٌ عامٌّ أو حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ عامٌّ، فكان اعتِبارُ المِلْكِ الخاصِّ أولى.

(وأمّا) إذا وجَدُوها قبل قسمةِ الآخرينَ ففيه روايَتانِ: ذكر في الزّياداتِ أنّ الأوّلينَ أولى، وذكر في السِّيَرِ الكَبيرِ أنّ الآخرينَ أولى.

(وجه) روايةِ الزّياداتِ أنّ الثّابِتَ لِكُلِّ واحدٍ من الفريقَيْنِ، وإنْ كان هو الحقَّ المُتأكِّدَ، لكنّ نَقْضَ الحقِّ بالحقِّ جائزٌ؛ لأنّ الشّيءَ يحتملُ الانتِقاضَ بمثلِه كما في النّسْخِ، ولهذا جاز نَقْضُ المِلْكِ بالمِلْكِ.

---

(١) في المخطوط: «فالغنيمة».

(٢) في المخطوط: «وجدوا».

(وجه) الرّوايةِ الأُخرى أنّ حَقَّ الآخرينَ ثابِتٌ مُتَقَرِّرٌ، وحَقُّ الأوّلينَ زائلٌ ذاهبٌ، فاستِصْحابُ الحالةِ الثّابِتةِ [١] أولى، إذْ هو يَصْلُحُ لِلتَّرْجيحِ وهذا هو القياسُ في المِلْكِ، فكان يَنْبَغي أنْ لا يُنْتَقض الحادِثُ بالقَديمِ إلاّ أنّ النّقْضَ هناك ثَبَتَ نَصًّا، بخلافِ القياس، فيقتصِرُ على مورِدِ النّصِّ.

هذا إذا كان الكُفّارُ أحرَزوا الأموالَ بدارِ الحربِ، فإنْ كانوا لم يُحْرِزوها حتّى أخذها الفريقُ الآخرُ من المسلمينَ منهم في دارِ الإسلامِ، فالغنائمُ للأوّلينَ سواءٌ قَسَمَها الآخرونَ أو لم يَقْسِموها؛ لأنّ الكُفّارَ لا يَمْلِكونَ أموالَ المسلمينَ بالاستيلاءِ إلاّ بعدَ الإحرازِ بدارِ الحربِ، ولم يوجدْ، فكانت الغنائمُ في حُكْمِ يَدِ الأوّلينَ ما دامَتْ في دارِ الإسلامِ، فكان الآخرونَ أخَذوه من أيدي الأوّلينَ فيَلْزَمُهم الرَّدُّ عليه، إلاّ إذا كان الإمامُ قَسَمَها بينَ الآخرينَ ورأيُه أنّ الكَفَرةَ قد مَلَكوها بنفسِ [الأخْذِ و] [٢] الاستيلاءِ. وإنْ كانوا في دارِ الإسلامِ، كما هو مذهَبُ بعضِ [٤/ ٣١أ] النّاس، فكانت قسمةً [٣] في مَحَلِّ الاجتِهادِ فتَنْفُذُ، وتكونُ للآخرينَ واللَّه - تعالى - أعلمُ.

هذا الذي ذَكَرْنا من كونِ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ شرطًا لِثُبوتِ المِلْكِ في الغنائمِ المشترَكةِ.

(وأمّا) الغنائمُ الخالصةُ وهي الأنْفالُ، فهل هو شرطٌ فيها؟.

(قال) بعضُ المشايخِ: إنّه شرطٌ عند أبي حنيفةَ حتّى لا يَثْبُتَ المِلْكُ [بينَهما فيها] [٤] قبل الإحرازِ بدارِ الإسلامِ وعند محمّدٍ ليس بشرطٍ، فيَثْبُتُ المِلْكُ فيها بنفسِ الأخْذِ والإصابةِ استِدْلالاً بمسألةٍ ظَهَرَ فيها اختلافٌ، وهي أنّ الإمامَ إذا نَفَّلَ، فقال: مَنْ [٥] أصابَ جاريةً فهي له، فأصابَ رجلٌ من المسلمينَ جاريةً، فاستَبْرأها في دارِ الحربِ بحَيْضةٍ، لا يَحِلُّ له وطْؤُها عند أبي حنيفةَ وعند محمّدٍ يَحِلُّ.

وقال بعضهم: الإحرازُ بالدّارِ ليس بشرطٍ؛ لِثُبوتِ المِلْكِ في الأنْفالِ بالإجماعِ واختلافُهما في تلك المسألةِ لا يَدُلُّ على الاختلافِ في ثُبوتِ المِلْكِ؛ لأنّه كما ظَهَرَ

---

(١) في المخطوط: «الثانية».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «قسمته».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «ما».

الاختلافُ بينَهما في النّفلِ، فقد ظَهَرَ الاختلافُ في الغنيمةِ [١] المقسومةِ، فإنّ الإمامَ إذا قَسَمَ الغنائمَ في دارِ الحربِ فأصابَ رجلٌ جاريةً فاستَبْرأها بحَيْضةٍ، فهو على الاختلافِ.

وكذا لو رأى الإمامُ بيعَ الغنائمِ، فباع من رجلٍ جاريةً فاستَبْرأها المشتري بحَيْضةٍ فهو على الاختلافِ، ولا خلافَ بينَ أصحابِنا في الغنائمِ المقسومةِ أنّه لا يَثْبُتُ المِلْكُ فيها قبل الإحرازِ بدارِ الإسلامِ، دَلَّ أنّ مَنْشَأَ الخلافِ هناك شيءٌ آخرُ وراء ثُبوتِ المِلْكِ وعَدَمِه.

والصّحيحُ أنّ ثُبوتَ المِلْكِ في النّفلِ لا يَقِفُ على الإحرازِ بدارِ الإسلامِ بينَ أصحابِنا، بخلافِ الغنائمِ المقسومةِ؛ لأنّ سببَ المِلْكِ قد [٢] تَحقَّقَ وهو الأخذُ والاستيلاءُ، ولا يجوزُ تأخيرُ الحُكْمِ عن سببٍ إلاّ لِضرورةٍ، وفي الغنائمِ المقسومةِ ضرورةٌ، وهي خَوْفُ شرِّ الكَفرةِ؛ لأنّه لو ثَبَتَ المِلْكُ بنفسِ الأخذِ لاشتغَلوا بالقسمةِ، ولَتَسارَعَ كُلُّ أحدٍ إلى إحرازِ نَصيبِه بدارِ الإسلامِ، وتَفَرَّقَ الجمْعُ، وفيه خَوْفُ تَوَجُّه الشَّرِّ عليهم من الكَفَرةِ، فتأخَّرَ المِلْكُ فيها إلى ما بعدَ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ لهذه الضَّرورةِ، وهذه الضَّرورةُ مُنْعَدِمةٌ في الأنْفالِ؛ لأنّها خالصةٌ غيرُ مقسومةٍ، فلا معنى لِتأخيرِ [٣] الحُكْمِ عن السَّبَبِ.

والدَّليلُ على التّفْرِقةِ بينَهما أنّ المَدَدَ إذا لَحِقَ الجيْشَ لا يُشارِكُ المُنَفَّلُ له كما بعدَ الإحرازِ بالدّارِ بخلافِ الغنيمةِ المقسومةِ، وكذا لو مات المُنَفَّلُ له يورَثُ نُصيبُه، كما لو مات بعدَ الإحرازِ بالدّارِ، بخلافِ الغنيمةِ المقسومةِ فيَثْبُتُ بهذه الدَّلائلِ أنّ المِلْكَ في النّفلِ لا يَقِفُ على الإحرازِ بالدّارِ بلا خلافٍ بينَ أصحابِنا، إلاّ أنّ هذا النّوْعَ من المِلْكِ لا يَظْهَرُ في حَقِّ حِلِّ الوطءِ عند أبي حنيفةَ رحمه الله وهذا لا يَدُلُّ على عَدَمِ المِلْكِ أصلاً، ألا تَرَى أنّ حِلَّ الوطءِ قد يَمْتَنِعُ مع قيامِ المِلْكِ لِعَوارِضَ: من الحيضِ، والنِّفاس، والمَحْرَميّة، والصِّهْريّة، ونحوِ ذلك؟

ثُمّ إنّما لم يَثْبُتِ الحِلُّ هناك مع ثُبوتِ المِلْكِ؛ لأنّه مِلْكٌ مُتَزَلْزِلٌ غيرُ مُتَقَرِّرٍ لاحتمالِ الزَّوالِ ساعةً فساعةً؛ لأنّ الدّارَ دارُهم فكان احتمالُ الاستِرْدادِ قائمًا، ومتى استَرَدّوا يَرْتَفع السَّبَبُ من حينِ وُجودِه، ويَلْتَحِق بالعدَم، إمّا من كُلِّ وجهٍ، أو من وجهٍ فتَبَيَّنَ [٤] أنّ الوطءَ لم يُصادِفْ مَحَلَّه وهو المِلْكُ المُطْلَقُ، ولهذا - والله تعالى أعلم قال أبو حنيفة

---

(١) في المخطوط: «القسمة».
(٢) في المخطوط: «فيها».
(٣) في المخطوط: «تأخر».
(٤) في المخطوط: «فيتبين».

رضي الله تعالى عنه: إنّه لا يَحِلُّ وطْؤُها بعدَ قسمةِ الإمامِ وبيعِه إذا رأى ذلك، وإنْ وقَعَتْ قسمَتُه جائزةً وبيعُه نافِذًا مُفيدًا للمِلْكِ في هذه الصّورةِ، كما [١] ذَكَرْنا من المعنى والله - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا بيانُ) ما يجوزُ به الانتِفاعُ من الغنائمِ، وما لا يجوزُ: فالكَلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

(احدُهما): في بيانِ ما يُنْتَفَعُ به منها.

(والثّاني): في بيانِ مَنْ [٢] يَنْتَفِعُ به.

(امّا الأوّلُ): فلا بَأسَ بالانتِفاعِ بالمَأكولِ والمشروبِ، والعلَفِ والحطَبِ منها قبل الإحرازِ بدارِ الإسلامِ فقيرًا كان المُنْتَفِعُ أو غَنيًّا؛ لِعُمومِ الحاجةِ إلى الانتِفاعِ بذلك في حَقِّ الكُلِّ، فإنّهم لو كُلِّفوا حَمْلَها [٣] من دارِ الإسلامِ إلى دارِ الحربِ مُدّةَ ذَهابِهم وإيابِهم ومُقامِهم فيها لَوَقَعوا في حَرَجٍ عَظيمٍ، بل يتعذَّرُ عليهم ذلك، فسَقَطَ اعتِبارُ حَقِّ كُلِّ واحدٍ من الغانِمينَ في حَقِّ صاحبِه، والتَحَقَ بالعدَمِ شرْعًا والتَحَقَتْ هذه المَحالُّ بالمُباحاتِ الأصليّةِ لهذه الضّرورةِ، وكذلك كُلُّ ما كان مَأكولاً مثلَ السَّمْنِ والزَّيْتِ والخلِّ لا بَأسَ أنْ يتناوَلَ الرّجلُ ويُدْهِنَ به نفسَه ودابّتَه [٤/ ٣١ب]؛ لأنّ الحاجةَ إلى الانتِفاعِ بهذه الأشياءِ قبل الإحرازِ بدارِ الإسلامِ لازِمةٌ، وما كان من الأدْهانِ لا يُؤكَلُ مثلُ البنفسَجِ والخيْريِّ فلا يَنْبَغي أنْ يُنْتَفَعَ به؛ لأنّ الانتِفاعَ به ليس من الحاجاتِ اللّازِمةِ، بل من الحاجاتِ الزّائدةِ، ولا يَنْبَغي أنْ يبيعوا شيئًا من الطّعامِ والعلَفِ وغيرِ ذلك مِمّا يُباحُ الانتِفاعُ به بذهبٍ ولا فضّةٍ ولا عُروضٍ؛ لأنّ إطلاقَ الانتِفاعِ، وإسقاطَ اعتِبارِ الحُقوقِ وإلْحاقها بالعدَمِ لِلضّرورةِ التي ذَكَرْنا، ولا ضرورةَ في البيعِ، ولأنّ مَحَلَّ البيعِ هو المالُ المملوكُ، وهذا ليس بمالٍ مملوكٍ؛ لأنّ الإحرازَ بالدّارِ شرطُ ثُبوتِ المِلْكِ، ولم يوجدْ، فإنْ باع رجلٌ شيئًا رَدَّ الثّمنَ إلى الغنيمةِ؛ لأنّ الثّمنَ بَدَلُ مالٍ تَعَلّقَ به حَقُّ الغانِمينَ فكان مردودًا إلى المغنَمِ، ولو أحرَزوا شيئًا من ذلك بدارِ الإسلامِ وهو في أيديهم، [وإنْ كانت لم تُقْسَمُ الغنائمُ رَدّوها إلى المغنَم] [٤]؛ لاندِفاعِ الضّرورةِ، وإنْ كانت قد قُسِمَتِ الغنيمةُ فإنْ كانوا أغْنياءَ تَصَدّقوا به على الفُقَراءِ، وإنْ كانوا فُقَراءَ انتَفَعوا [٥] به لِتَعَذُّرِ قسمَتِه على الغُزاةِ لِكَثْرَتِهم وقِلّتِه،

(١) في المخطوط: «لما».
(٢) في المخطوط: «ما».
(٣) في المخطوط: «جمعها».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «ينتفعوا».

فأشبَهَ اللُّقَطةَ واللَّه - سبحانه - أعلمُ.

هذا إذا كانت قائمةً بعدَ القسمةِ فإنْ كان انتَفَعَ بها بعدَ القسمةِ، فإنْ كان غَنيًّا تَصَدَّقَ بقيمَتِهِ على الفُقَراءِ؛ لأنّه أكَلَ مالاً لو كان قائمًا لكان سَبيلُه التّصَدُّقَ لِكونِه مالاً يتعَلَّقُ به حَقُّ الغانِمينَ، وتَعَذَّرَ صَرْفُه إليهم لِقِلَّتِه وكَثْرَتِهم، فيقومُ بَدَلُه مَقامه، وهو قيمَتُه.

وإنْ كان فقيرًا لم يجبْ عليه شيءٌ؛ لأنّه أكَلَ مالاً لو كان قائمًا لكان له أنْ يأكُلَه، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وأمّا ما سِوَى المَأكولِ والمشروبِ والعلَفِ والحطَبِ، فلا يَنْبَغي أنْ يَنْتَفِعوا به؛ لأنّ حَقَّ الغانِمينَ مُتَعَلِّقٌ به، وفي الانتِفاعِ إبطالُ حَقِّهم، إلاّ أنّه إذا احتاجَ إلى استعمالِ شيءٍ من السِّلاح أو الدَّوابِّ أو الثّيابِ، فلا بَأسَ باستعمالِه، بأنِ انقَطَعَ سَيْفُه، فلا بَأسَ بأنْ يأخذَ سَيْفًا من الغنيمةِ فيُقاتلَ به؛ لكنّه إذا استَغْنَى عنه رَدَّه إلى المغنَمِ [1]، وكذا إذا احتاجَ إلى رُكوبِ فرَسٍ، أو لُبْسِ ثوبٍ إذا دَفَعَ حاجَتَه بذلك [2] رَدَّه إلى المغنَمِ؛ لأنّ هذا موضِعُ الضَّرورةِ أيضًا، لكنّ الثّابِتَ بالضَّرورةِ لا يتعَدَّى مَحَلَّ الضَّرورةِ، حتّى إنّه لو أرادَ أنْ يَسْتَعْمِلَ شيئًا من ذلك وِقايةً لِسِلاحه ودَوابِّه وثيابِه وصيانةً لها، فلا يَنْبَغي له ذلك؛ لانعِدامِ تَحَقُّقِ الضَّرورةِ، وهَكذا [3] إذا ذَبَحوا البقَرَ أو الغنَمَ وأكَلوا اللَّحْمَ [و] [4] رَدّوا الجُلودَ [5] إلى المغنَمِ؛ لأنّ الانتِفاعَ به ليس من الحاجاتِ اللاّزِمةِ، واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ مَنْ يَنْتَفِعُ بالغنائمِ، فنقولُ:

إنّه لا يَنْتَفِعُ بها إلاّ الغانِمونَ، فلا يجوزُ لِلتُّجّارِ أنْ يأكُلوا شيئًا من الغنيمةِ إلاّ بثَمَنٍ؛ لأنّ سُقوطَ اعتِبارِ حَقِّ كُلِّ واحدٍ من الغانِمينَ في حَقِّ صاحبِه لِمكانِ الضَّرورةِ، ولا يجوزُ إسقاطُ اعتِبارِ الحقيقةِ من غيرِ ضرورةٍ، ولا ضرورةَ في حَقِّ غيرِهم، وللغانِمينَ أنْ يأكُلوا ويُطْعِموا عَبيدَهم ونِساءَهم وصِبْيانَهم؛ لأنّ إنْفاقَ الرّجلِ على هَؤُلاءِ إنْفاقٌ على نفسِه؛ لأنّ نَفَقَتَهم عليه، والأصلُ أنّ كُلَّ مَنْ عليه نَفَقَتُه، فلَه أنْ يُطْعِمَه، ومَنْ لا فلا ولا يجوزُ

(١) في المخطوط: «الغنيمة».
(٢) في المخطوط: «به».
(٣) في المخطوط: «وكذا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «الجلد».

لأجيرِ الرّجلِ للخِدْمةِ أنْ يأكُلَ منه؛ لأنّ نَفَقَتَه على نفسِه لا عليه.

وللمرأةِ إذا دخلتْ دارَ الحربِ لِمُداواةِ المرضَى والجرْحَى أنْ تأكُلَ وتَعْلِفَ دابَّتَها وتُطْعِمَ رَقيقَها؛ لأنّ المرأةَ تستَحِقُّ الرَّضْخَ من الغنيمةِ، فكانت من الغانِمينَ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ كيْفيّةِ قسمةِ الغنائمِ، وبيانُ مَصارِفِها، فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقُ:

الغنائمُ تُقْسَمُ على خمسةِ أسهمٍ، [سهم] [1] منها وهو خُمْسُ الغنيمةِ لأربابِه، وأربعةُ أخْماسِها للغانِمينَ.

امّا الخُمسُ، فالكلامُ فيه:

في بيانِ كيْفيّةِ قسمةِ الخُمْسِ.

وفي بيانِ مَصْرِفِه.

فنقولُ: لا خلافَ في أنّ خُمْسَ الغنيمةِ في حالِ حياةِ النّبيِّ ﷺ كان يُقْسَمُ على خمسةِ أسهمٍ، سَهْمٌ لِلنّبيِّ ﷺ وسَهْمٌ لِذَوي القُرْبى، وسَهْمٌ لليَتامَى، وسَهْمٌ للمَساكينِ، وسَهْمٌ لأبناءِ السَّبيلِ قال اللَّه - تبارَك وتعالى -: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١]، وإضافةُ الخُمْسِ إلى اللَّه - تعالى - يحتملُ أنْ يكونَ لِكونِه مَصْروفًا إلى وُجوه القُرَبِ التي هي لِلَّه - تَبارَك وتعالى - وهي [2] قولُه سبحانه وتعالى: ﴿وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] الآيةَ على ما تُضافُ [3] المَساجدُ والكَعْبةُ إلى اللَّه - سبحانه وتعالى - لِكونِها مَواضِعَ إقامةِ العِباداتِ والقُرَبِ [٤/ ١٣٢أ] التي هي لِلَّه تعالى، ويحتملُ أنْ يكونَ تَعْظيمًا للخُمْسِ على ما (بَيَّنّا و) [4] الأصلُ في إضافةِ جُزْئيّةِ الأشياءِ إلى اللَّه - سبحانه وتعالى - أنّها تخرُجُ مَخْرَجَ تَعْظيمِ المُضافِ، كقولِه: ناقةُ اللَّه، وبيتُ اللَّه ويحتملُ أنْ يكونَ لِخُلوصِه - لِلَّه تعالى - بخُروجِه عن تَصَرُّفِ الغانِمينَ كقولِه تعالى: ﴿ٱلۡمُلۡكُ يَوۡمَئِذٖ لِّلَّهِ﴾ [الحج: ٥٦] والمُلْكُ في كُلِّ الأيّامِ كُلِّها لِلَّه - تعالى - لكنْ خَصَّ - سبحانه وتعالى - ذلك اليومَ بالمُلْكِ له فيه؛

---

(١) زيادة من المخطوط

(٢) في المخطوط: «وهو».

(٣) في المخطوط: «يضاف».

(٤) في المخطوط: «هو».

لانقِطاعِ تَصَرُّفِ الأغْيارِ واللَّه - تعالى - أعلمُ.

ثُمّ اختلف العُلَماءُ في سَهْمِ رسولِ اللَّه ﷺ وفي سَهْمِ ذَوي القُرْبَى بعدَ وفاتِه.

أمّا سَهْمُ رسولِ اللَّه ﷺ فقد قال عُلَماؤُنا - رحمهم الله: إنّه سَقَطَ بعدَ وفاتِه عليه الصلاة والسلام [(١)].

وقال الشّافعيُّ - رحمه الله: إنّه لم يَسْقُطْ، ويُصْرَفُ إلى الخُلَفاءِ [(٢)]؛ لأنّه عليه الصلاة والسلام إنّما كان يأخذُه كِفايةً له لاشْتِغالِه بمَصالِحِ المسلمينَ والخُلَفاءُ بعدَه مشغولونَ [(٣)] بذلك فيُصْرَفُ سَهْمُه إليهم كِفايةً لهم.

(ولَنا) أنّ ذلك الخُمْسَ كان خُصوصيّةً لرسوله ﷺ كالصّفيِّ الذي كان له [خاصّةً] [(٤)]، والفيْءُ وهو الماليّةُ [(٥)] لم يوجِفْ عليه المسلمونَ بخَيْلٍ ولا رِكابٍ، ثُمّ لم يكنْ لأحدٍ خُصوصٌ من الفيْءِ والصّفيِّ، فكذا يجبُ أنْ لا يكونَ لأحدٍ خُصوصٌ من الخُمْسِ، ولهذا لم يكنْ للخُلَفاءِ الرّاشِدينَ بعدَه.

يُحَقِّقُه أنّه لو بَقيَ بعدَه لكان بطريقِ الإرْثِ وقد قالَ ﷺ: **«إنّا - معاشِرَ الأنْبِياءِ - لَا [(٦)] نُورَثُ، مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ»**.

(وأمّا) سَهْمُ ذَوي القُرْبَى فقد قال الشّافعيُّ - رحمه الله - إنّه باقٍ ويُصْرَفُ إلى أولادِ بَني هاشِمٍ من أولادِ سَيِّدَتنا فاطِمةَ رضي الله تعالى عنها وغيرِها، يَسْتَوي فيه فقيرُهم وغَنيُّهم.

(وأمّا) عندنا فعلى الوجه الذي كان بَقيَ واختلف المَشايِخُ فيه أنّه كيْفَ كان؟ والصّحيحُ أنّه كان لِفُقَراءِ القَرابةِ دونَ أغْنيائهم، يُعْطَوْنَ لِفَقْرِهم وحاجَتِهم لا لِقَرابَتِهم، وقد بَقيَ

(١) انظر في مذهب الحنفية: شرح فتح القدير (٥/ ٥٠٧، ٥٠٨)، البناية (٦/ ٥٨٦، ٥٨٧)، الدر المختار (٤/ ١٥٠).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية: أن خمس الفيء والغنيمة مقسَّم على خمسة أسهم متساوية: سهم كان لرسول الله ﷺ في حياته ويصرف بعده في مصالح المسلمين العامة، وسهم لذوي القربى من بني هاشم والمطلب، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل. انظر: الأم (٤/ ١٣٩)، الحاوي الكبير (١٠/ ٤٨١، ٤٨٨-٤٩٠، ٤٩٥، ٤٩٦)، الوسيط (٤/ ٥٢٢، ٥٢٣)، الوجيز (١/ ٢٩٠)، الروضة (٦/ ٣٥٥، ٣٥٦)، المنهاج (ص ٩٣).

(٣) في المخطوط: «مشتغلون».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «الذي كان».

(٦) في المخطوط: «ما».

كذلك بعدَ وفاتِه، فيجوزُ أنْ يُعْطَى فُقَراءُ قَرابَتِه النبي ﷺ كِفايتهم دونَ أغْنيائهم، ويُقَدَّمونَ على غيرِهم من الفُقَراءِ ويُجاوَزُ لهم من الخُمْسِ أيضًا لِما لا حَظَّ لهم من الصَّدَقاتِ، لكنْ يجوزُ أنْ يُعْطَى غيرُهم من فُقَراءِ المسلمينَ دونَهم فيُقَسَّمُ الخُمْسُ عندنا على ثلاثةِ أسهمٍ: سَهْمٌ لليَتامَى، وسَهْمٌ للمَساكينِ، وسَهْمٌ لأبناءِ السَّبيلِ ويدخلُ فُقَراءُ ذَوي القُرْبَى فيهم، ويُقَدَّمونَ، ولا يُدْفَعُ إلى أغْنيائهم شيءٌ.

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - لِذَوي القُرْبَى سَهْمٌ على حِدةٍ يُصْرَفُ إلى غَنيِّهم وفَقيرِهم.

احتجَّ الشّافعيُّ - رحمه الله - بقولِه تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال:٤١] الآيَةَ فإنّ اللَّهَ - تعالى - جعل سَهْمًا لِذَوي القُرْبَى، وهم القَرابةُ من غيرِ فصلٍ بينَ الفقيرِ والغنيِّ وكذا رويَ أنّه ﷺ قَسَمَ الخُمْسَ على خمسةِ أسهمٍ، وأعطَى سَهْمًا منها لِذَوي القُرْبَى [1]، ولم يُعْرَفْ له ناسخٌ في حالِ حياتِه ولا نَسْخَ بعدَ وفاتِه.

(ولَنا) ما رَواه محمّدُ بنُ الحسنِ في كتابِ السِّيَرِ أنّ سَيِّدَنا أبا بَكْرٍ، وسَيِّدَنا عُمَرَ، وسَيِّدَنا عُثْمانَ، وسَيِّدَنا عَليًّا رضي الله عنهم قَسَموا خمس الغنائمَ على ثلاثةِ أسهمٍ: سَهْمٌ لليَتامَى، وسَهْمٌ للمَساكينِ، وسَهْمٌ لأبناءِ السَّبيلِ بمَحْضرٍ من الصّحابةِ الكِرامِ، ولَم يُنْكِرْ عليهم أحدٌ فيكونُ إجماعًا منهم على ذلك وبه تَبَيَّنَ أنْ ليس المُرادُ من ذَوي القُرْبَى قَرابةَ الرَّسولِ ﷺ إذْ لا يُظَنُّ بهم مُخالَفَةُ كتابِ اللَّهِ - تعالى - ومُخالَفَةُ رسولِه ﷺ في فعلِه ومنعُ الحقِّ عن المُسْتَحِقِّ، وكذا لا يُظَنُّ بمن حَضرَهم من الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم السُّكوتُ عَمّا لا يَحِلُّ مع ما وصَفَهم اللَّهُ - تعالى - بالأمرِ بالمعروفِ والنّهيِ عن المُنْكَرِ.

وكذا ظاهرُ الآيةِ الشَّريفةِ [لا] [2] يَدُلُّ عليه؛ لأنّ اسمَ ذَوي القُرْبَى يتناوَلُ عُمومَ القَراباتِ ألا تَرَى إلى قولِه تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء:٧] ولم يُفْهَمْ منه قَرابةُ الرَّسولِ ﷺ [خاصّةً].

وكذا قولُه: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة:١٨٠] لم يَنْصَرِفْ إلى قَرابةِ

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٥٠٠)، برقم (٣٣٢٩٨).
(٢) زيادة من المخطوط

رسولِ اللَّه ﷺ] [(١)] وما رويَ أنّه قَسَمَ ﷺ الخُمْسَ على خمسةِ أسهم، فأعطَى عليه الصلاة والسلام ذا القُرْبَى سَهْمًا فنعَمْ، لكنّ الكَلامَ في أنّه أعطاهم خاصّةً وكذا قولُه: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] ولم يَنْصَرِفْ إلى قَرابةِ الرَّسولِ ﷺ لِفقْرِهم وحاجَتِهم أو لِقَرابَتِهم وقد عَلِمْنا بقسمةِ الخُلَفاءِ الرّاشِدينَ رضي الله تعالى عنهم أنّه أعطاهم لِحاجَتِهم وفقْرِهم لا لِقَرابَتِهم.

والدَّليلُ عليه أنّه ﷺ كانَ يُشَدِّدُ فِي أمرِ الغَنائمِ فتَناوَلَ من وبَرِ بَعِيرٍ وقَالَ: «مَا [(٢)] يَحِلُّ لِي من غَنَائمِكُمْ ولاَ وزنُ هذِه الوبَرةِ إلاَّ الخُمْسُ [٤/ ٣٢ب] وهُوَ مَرْدُودٌ فِيكُمْ، رُدُّوا الخيْطَ والمِخْيَطَ، فإنّ الغُلُولَ عَارٌ ونَارٌ وشَنَارٌ على صَاحِبِه يومَ القِيَامةِ» [(٣)] لم يَخُصَّ عليه الصلاة والسلام القَرابةَ بشيءٍ من الخُمْسِ بل عَمَّ المسلمينَ جميعًا بقولِه ﷺ: «والخُمسُ مردودٌ فيكُمْ» فدَلَّ أنّ سَبيلَهم سَبيلُ سائرِ فُقَراءِ المسلمينَ، يُعْطَى مَنْ يحتاجُ منهم كِفايته واللَّه - سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أُعْطِيَ أيُّ فريقٍ اتَّفَقَ مِمَّنْ سَمّاهم اللَّه تعالى جاز؛ لأنّ ذكرَ هَؤُلاءِ الأصنافِ لِبيانِ المَصارِفِ لا لإيجابِ الصّرْفِ إلى كُلِّ صِنْفٍ منهم شيئًا، بل لِتَعْيينِ المَصْرِفِ حتّى لا يجوزَ الصّرْفُ إلى غيرِ هَؤُلاءِ، كما في الصّدَقاتِ واللَّه - تعالى - أعلمُ.

وأمّا الكَلامُ في الأربعةِ الأخْماس ففي موضِعَيْنِ: في بيانِ مَنْ يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ منها [(٤)] ومَنْ لا يَسْتَحِقُّ، وفي بيانِ مقدارِ الاستحقاقِ.

أما الأول: فالذي يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ منها هو الرّجلُ المسلمُ المُقاتلُ، وهو أنْ يكونَ من أهلِ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «لا».

(٣) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب: في فداء الأسير بالمال، برقم (٢٦٩٤)، والنسائي، برقم (٤١٣٩)، وأحمد، برقم (٦٦٩٠)، ومالك برقم (٩٩٤)، من حديث عبدالله‌بن عمروبن العاص رضي‌الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٧٨٨٣).
وبسند صحيح: أخرجه النسائي، كتاب قسم الفيء، برقم (٤١٣٨)، وأحمد، برقم (٢٢١٩١)، وابن حبان (١١/ ١٩٣)، برقم (٤٨٥٥)، والحاكم في المستدرك (٣/ ٥١)، برقم (٤٣٧٠)، وسعيدبن منصور في سننه (٥/ ١٨٨)، برقم (٩٨٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٠٣)، برقم (١٢٥٢٧)، والبزار في مسنده (٧/ ١٥٤)، برقم (٢٧١٢) من حديث عبادةبن الصامت رضي‌الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٧٨٧٢).

(٤) في المطبوع: «منه».

القِتالِ، ودخل دارَ الحربِ على قَصْدِ القِتالِ، وسواءٌ قاتَلَ أو لم يُقاتِل؛ لأنّ الجِهادَ والقِتالَ إرْهابُ العدوِّ، وذا كما يحصُلُ بمُباشرةِ القَتْلِ يحصُلُ بثَباتِ القَدَمِ في صَفِّ القِتالِ رَدًّا للمُقاتَلةِ خَشْيةَ كرِّ العدوِّ عليهم.

وكذا رويَ أنّ أصحابَ بَدْرٍ كانوا أثلاثًا [(١)]: ثُلُثٌ في نحرِ العدوِّ يَقْتُلونَ ويأسِرونَ، وثُلُثٌ يجمَعونَ الغنائمَ، وثُلُثٌ يكونونَ رَدًّا لهم خَشْيةَ كرِّ العدوِّ عليهم، وسواءٌ كان مَريضًا أو صَحيحًا، شابًّا أو شيخًا حُرًّا أو عبدًا مَأذونًا بالقِتالِ؛ لأنّهم من أهلِ القِتالِ، فأمّا المرأةُ والصّبيُّ العاقِلُ، والذِّمّيُّ والعبدُ المَحْجورُ، فليس لهم سَهْمٌ كامِلٌ؛ لأنّهم ليسوا من أهلِ القِتالِ.

ألا تَرَى أنّه لا يجبُ القِتالُ على الصّبيِّ والذِّمّيِّ أصلًا؟ ولا يجبُ على المرأةِ والعبدِ إلاّ عند الضَّرورةِ؟ وهي ضرورةُ عُمومِ النّفيرِ، ولِذلك لم يَسْتَحِقّوا كمالَ السَّهْمِ، ولكنْ يُرْضَخُ [(٢)] لهم على حَسَبِ ما يَرَى الإمامُ.

وكذا رويَ أنّ رسول الله ﷺ كان لا يُعْطي العبيدَ والصِّبْيانَ والنِّسْوانَ سَهْمًا كامِلًا من الغنائمِ، وكذا لا سَهْمَ [(٣)] لِلتّاجرِ؛ لأنّه لم يدخلِ الدّارَ على قَصْدِ القِتالِ إلاّ إذا قاتَلَ مع العسْكَرِ، فإنّه يَسْتَحِقُّ ما يَسْتَحِقُّه العسْكَرُ؛ لأنّه تَبيَّنَ أنّه دخل الدّارَ على قَصْدِ القِتالِ فكان مُقاتلًا، ولا سَهْمَ للأجيرِ لانعِدامِ الدُّخولِ على قَصْدِ القِتالِ، فإنْ قاتَلَ نُظِرَ [(٤)] في ذلك إنْ [(٥)] تَرَكَ الخِدْمةَ فقد (دخل في جُمْلةِ العسْكَرِ) [(٦)]، وإنْ لم يَتْرُكْ فلا شيءَ له أصلًا؛ لأنّه إذا لم يَتْرُكْ تَبيَّنَ أنّه لم يدخلْ على قَصْدِ القِتالِ واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ مقدارِ الاستحقاقِ وبيانُ حالِ المُسْتَحِقِّ وهو المُقاتلُ فنقولُ - وباللّه التّوْفيقُ: المُقاتلُ إمّا أنْ يكونَ راجلًا، وإمّا أنْ يكونَ فارِسًا فإنْ كان راجلًا فلَه سَهْمٌ واحدٌ، وإنْ كان فارِسًا فلَه سَهمانِ عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه [(٧)].

---

(١) في المطبوع: «ثلاثًا».
(٢) الرّضخ: العطية المقاربة، قليل المال. انظر: اللسان (٣/ ١٩).
(٣) في المخطوط: «يسهم».
(٤) في المخطوط: «ننظر».
(٥) في المخطوط: «فإن».
(٦) في المخطوط: «التحق بالعسكر».
(٧) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٨٥)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٩٣)، الاختيار (٤/ ١٢٩)، البناية (٦/ ٥٦٦).

وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - له ثلاثةُ أسهمٍ: سَهْمٌ له، وسَهْمانِ لِفَرَسِه وبِه أخذ الشّافعيُّ - رحمه الله [١].

وروايَاتُ الأخْبارِ تَعارَضَتْ في البابِ، رويَ في بعضِها أنّ رسول الله ﷺ قَسَمَ للفارسِ سَهْمَيْنِ، وفي بعضِها أنّه عليه الصلاة والسلام قَسَمَ له ثلاثةَ أسهمٍ إلاّ أنّ رواية السَّهْمَيْنِ عاضَدَها القياسُ، وهو أنّ الرّجلَ أصلٌ في الجِهادِ، والفرس تابعٌ له؛ لأنّه آلةٌ.

ألا تَرَى أنّ فعلَ الجِهادِ يقومُ بالرّجلِ وحْدَه، ولا يقومُ بالفرَسِ وحْدَه، فكان الفرس تابِعًا في بابِ الجِهادِ ولا يجوزُ تفضيل [٢] التّبَعِ على الأصلِ في السَّهْمِ، وأخْبارُ الآحادِ إذا تَعارَضَتْ، فالعمَلُ بما عاضَدَه القياسُ أولى واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

ويَسْتَوي فيه العتيقُ من الخيْلِ والفرَسِ والبِرْذَوْنِ؛ لأنّه لا فضْلَ في النُّصوصِ بينَ فارِسٍ وفارِسٍ، ولأنّ استحقاقَ سَهْمِ الفرَسِ لِحُصولِ إرْهابِ العدوِّ به واللَّه - سبحانه وتعالى - وصَفَ جنسَ الخيْلِ بذلك بقولِه - تبارَك وتعالى -: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] فلا يفضل [٣] بينَ نوعٍ ونوعٍ، ولا يُسْهَمُ لأكثرَ من فرَسٍ واحدٍ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وزُفَرَ - رحمهم الله - وعند أبي يوسفَ يُسْهَمُ لِفَرَسَيْنِ.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ - رحمه الله -: أنّ الغازيَ تقعُ الحاجةُ له إلى فرَسَيْنِ، يَرْكَبُ أحدَهما ويُجَنِّبُ الآخرَ حتّى إذا أعيا المركوبُ عن الكَرِّ والفرِّ تَحَوّلَ إلى الجنيبةِ.

(وجه) قولِهم [٤]: أنّ الإسهامَ للخَيْلِ في الأصلِ ثَبَتَ على مُخالَفةِ القياس؛ لأنّ الخيْلَ آلةُ الجِهادِ ثُمّ لا يُسْهَمُ لِسائرِ آلاتِ الجِهادِ، فكذا الخيْلُ إلاّ أنّ الشّرعَ ورَدَ به كفَرَسٍ [٥] واحدٍ، فالزّيادةُ على ذلك تُرَدُّ إلى أصلِ القياس على أنّ وُرودَ الشّرعِ إنْ كان معلولاً بكونِه آلةً مُرْهبةً للعَدوِّ، بخلافِ سائرِ الآلاتِ فالمُعْتَبَرُ هو أصلُ الإرْهابِ، بدليلِ أنّه لا [٤/ ٣٣أ] يُسْهَمُ لِما زادَ على فرَسَيْنِ بالإجماعِ، مع أنّ معنى الإرْهابِ يَزْدادُ بزيادةِ الفرَسِ.

ثُمّ اختُلِفَ في [٦] حالِ المُقاتِلِ من [٧] كونِه فارِسًا، أو راجلًا في أيِّ وقتٍ يُعْتَبَرُ وقتُ

---

(١) **وفي بيان مذهب الشافعية**: أنه يعطى للفارس من الغنيمة ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه، وللراجل سهم واحد، انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٤٦٢)، الوسيط (٤/ ٥٤٢)، الروضة (٦/ ٣٨٣).

(٢) في المطبوع: «تَنْفيلُ».

(٣) في المطبوع: «يفصل».

(٤) في المخطوط: «قولهما».

(٥) في المخطوط: «الفرس».

(٦) زاد في المخطوط: «أن».

(٧) في المخطوط: «مع».

دُخولِه دارَ الحربِ أم وقتُ شُهودِ الوقعةِ، فعندنا يُعْتَبَرُ وقتُ دُخولِ [(١)] دارِ الحربِ إذا دخلها على قَصْدِ القِتالِ.

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - يُعْتَبَرُ وقتُ شُهودِ الوقعةِ، حتّى إنّ الغازيَ إذا دخل دارَ الحربِ فارسًا فمات فرسه أو نَفَرَ، أو أخذه العدوُّ فلَه سَهْمُ الفُرْسانِ عندنا [(٢)]، وعنده له سَهْمُ الرَّجّالةِ [(٣)].

واحتجَّ بما رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: الغنيمةُ لِمَنْ شَهِدَ الوقعةَ [(٤)] ولأنّ استحقاقَ الغنيمةِ بالجِهادِ، ولم يوجدْ وقتَ دُخولِ دارِ الحربِ؛ لأنّ الجِهادَ بالمُقاتَلةِ، ودُخولِ دارِ الحربِ من بابِ قَطْعِ المَسافةِ لا من بابِ المُقاتَلةِ.

(ولَنا) أنّ اللَّهَ - تَبارَكَ وتعالى - جعل الغنائمَ للمُجاهدينَ، قال - سبحانه وتعالى -: ﴿فَكُلُواْ مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾ [الأنفال:٦٩]، وقال - تعالى عزَّ شأنُه -: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال:٤١]، وقال - جَلَّتْ عَظَمَتُه وكِبْرياؤُه -: ﴿وَعَدَكُمُ ٱللَّهُ مَغَانِمَ كَثِيرَةً تَأْخُذُونَهَا﴾ [الفتح:٢٠]، وقال - سبحانه وتعالى -: ﴿وَإِذْ يَعِدُكُمُ ٱللَّهُ إِحْدَى ٱلطَّآئِفَتَيْنِ أَنَّهَا لَكُمْ﴾ [الأنفال:٧] وغيرُ ذلك من النُّصوصِ، والذي جاوَزَ الدَّرْبَ فارسًا على قَصْدِ القِتالِ مُجاهدٌ لِوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ المُجاوَزَةَ على هذا الوجه إرْهابُ العدوِّ وأنّه جِهادٌ، والدَّليلُ على أنّه إرْهابُ العدوِّ وأنّه جِهادٌ قولُه - عزّ وجلّ -: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ

---

(١) في المخطوط: «دخوله».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٨٥)، رؤوس المسائل (ص ٣٦٤)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٩٨)، الاختيار (٤/ ١٢٩)، البناية (٦/ ٥٧٤)، الدر المختار (٤/ ١٤٦).

(٣) وفي بيان مذهب الشافعية: أن من دخل أرض العدو فارسًا، ثم نفق فرسه أو سرق منه، أو باعه، أو أجره، أو وهبه قبل حضور الوقعة حتى حضرها راجلاً يُسهم له سهم الفارس، واستحق سهم الراجل ولو مات الفرس بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة المال، أو مات أثناء القتال استحق سهم الفرس، أما من دخل أرض العدو راجلاً ثم ملك فرسًا ببيع، أو إعارة أو غيرهما وحضر به الحرب، أُسهم له. انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٤٧٠)، الوسيط (٤/ ٥٤٣)، الروضة (٦/ ٣٧٨، ٣٨٥).

(٤) أخرجه البخاري تعليقًا، كتاب فرض الخمس، باب: الغنيمة لمن شهد الوقعة، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٣٥)، برقم (١٢٧٠٥)، والطبراني في الكبير (٨/ ٣٢١)، برقم (٨٢٠٣)، وابن الجعد في مسنده (١/ ١٠٠)، برقم (٥٨٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (٥/ ٣٠٢)، برقم (٩٦٨٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٤٩٣)، برقم (٣٣٢٢٥) من قول عمربن الخطاب رضي‌الله عنه.

وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] ولأنّ دارَ الحربِ لا تخلو عن عُيونِ الكُفّارِ [(١)] وطَلائعِهم، فإذا دخلها جَيْشٌ كثيفٌ رِجالاً ورُكْبانًا فالجواسيسُ يُخْبِرونَهم بذلك، فيَقَعُ الرُّعْبُ في قُلوبِهم حتّى يَتْرُكوا القُرَى والرَّساتيقَ هَرَبًا إلى القِلاعِ والحُصونِ المَنيعةِ، فكان مُجاوَزةُ الدَّرْبِ على قَصْدِ القِتالِ إرْهابَ العدوِّ، وأنّه جِهادٌ.

والثّاني: أنّ فيه غَيْظَ الكَفَرةِ وكَبْتَهم؛ لأنّ وطْءَ أرضِهم [(٢)] وعُقْرَ دارِهم مِمّا يَغيظُهم قال اللّه - تبارَك وتعالى -: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ﴾ [التوبة: ١٢٠] وفيه قَهْرُهم وما الجِهادُ إلاّ قَهْرُ أعداءِ اللّه - تعالى - لإعزازِ دينِه، وإعلاءِ كلِمَتِه، فدَلَّ أنّ مُجاوَزةَ الدَّرْبِ فارِسًا على قَصْدِ القِتالِ جِهادٌ، ومَنْ جاهَدَ فارِسًا فلَه سَهْمُ الفُرْسانِ، ومَنْ جاهَدَ راجلاً فلَه سَهْمُ الرَّجّالةِ، بقولِه ﷺ: «للفارِسِ سَهْمانِ وللرّاجلِ سَهْمٌ» [(٣)].

وأمّا أمرُ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه فيحتملُ أنّه قال ذلك في وقعةٍ خاصّةٍ، بأنْ وقَعَ القِتالُ في دارِ الإسلامِ أو في أرضٍ فُتِحَتْ عنوةً وقَهْرًا، ثُمّ لَحِقَ المَدَدُ، أو يُحْمَلُ على هذا تَوْفيقًا بينَ الدّلائلِ بقدرِ الإمكانِ صيانةً لها عن التّناقُضِ، ونحنُ به نَقولُ: إنّ المَدَدَ لا يُشارِكونَهم في الغنيمةِ في تلك الوقعةِ إلاّ إذا شَهِدوها، ولا كلامَ فيه، وعلى هذا إذا دخل راجلاً ثُمّ اشترى فرَسًا أو استأجَرَ أو استَعارَ أو وُهِبَ له فلَه سَهْمُ الرِّجالِ عندنا [(٤)]؛ لاعتِبارِ وقتِ الدُّخولِ، وعند الشّافعيِّ له سَهْمُ الفُرْسانِ؛ لاعتِبارِ وقتِ الشُّهودِ [(٥)].

وقال الحسنُ - رحمه الله - في هذه الصّورةِ: إذا قاتَلَ فارِسًا فلَه سَهْمُ فارِسٍ، وعلى هذا إذا دخل فارِسًا ثُمّ باع فرَسَه أو آجَرَه، أو وهَبَه أو أعارَه فقاتَلَ وهو راجلٌ فلَه سَهْمُ راجلٍ، ذكره في السِّيَرِ الكَبيرِ.

---

(١) في المخطوط: «الكفرة».
(٢) في المخطوط: «أراضيهم».
(٣) أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب: سهام الفرس، برقم (٢٨٦٣)، ومسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين، برقم (١٧٦٢)، وأحمد، برقم (٤٤٣٤)، وابن حبان (١١/ ١٣٩)، برقم (٤٨١٠)، والدارقطني (٤/ ١٠٢)، برقم (٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٢٥)، برقم (١٢٦٤٣) من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما.
(٤) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ د ٨٣).
(٥) ومذهب الشافعية أنه من دخل أرض العدو راجلاً ثم ملك فرسًا ببيع أو إعارة، أو غيرهما وحضر به الحرب، أُسهم له. انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٤٧٠)، الوسيط (٤/ ٥٤٣)، الروضة (٦/ ٣٧٨، ٣٨٥).

ورَوَى الحسنُ عن أبي حنيفةَ [- رحمهما الله - أنّ له سَهْمَ فارسٍ] (١)، وسَوّى على هذه الرّوايةِ بينَ البيعِ والموتِ، وبينَ البيعِ قبل شُهودِ الوقعةِ وبعدَها، والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرّوايةِ؛ لأنّ المُجاوَزةَ فارِسًا على قَصْدِ القِتالِ دليلُ الجِهادِ فارِسًا، ولَمّا باع فرَسَه تَبَيَّنَ أنّه لم يَقْصِدْ به الجِهادَ فارِسًا، بل قَصَدَ به التِّجارةَ، وكذا هذا في الإجارةِ والإعارةِ والرَّهْنِ، بخلافِ ما بعدَ شُهودِ الوقعةِ؛ لأنّ البيعَ بعدَه لا يَدُلُّ على قَصْدِ التِّجارةِ؛ لأنّ الغازيَ لا يبيعُ فرَسَه ذلك الوقتَ لِقَصْدِ التِّجارةِ عادةً، بل لِقَصْدِ ثَباتِ القَدَمِ والتَّشَمُّرِ (٢) للقِتالِ بعامّةِ ما في وُسْعِه وإمكانِه واللَّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في بيان حكم استيلاء الكفرة على أموال المسلمين]

وأمّا بيانُ حُكْمِ (الاستيلاءِ من الكَفَرةِ) (٣) على أموالِ المسلمينَ، فالكَلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ أصلِ الحُكْمِ.

والثّاني: في بيانِ كيْفيَّتِه.

أمّا الأوّلُ: فنقولُ: لا خلافَ في أنّ الكُفّارَ إذا دَخَلوا دارَ الإسلامِ واستَوْلوا على (أموالِ المسلمينَ) (٤)، ولم يُحْرِزوها بدارِهم، إنّهم لا يَمْلِكونَها حتّى لو ظَهَرَ عليهم المسلمونَ، وأخَذوا ما في أيديهم، لا يَصيرُ مِلْكًا لهم، وعليهم رَدُّها إلى أربابِها بغيرِ شيءٍ، وكذا لو قَسَموها في دارِ الإسلامِ ثُمّ ظَهَرَ عليهم المسلمونَ، فأخَذوها من أيديهم، أخذها أصحابُها بغيرِ شيءٍ؛ لأنّ قسمتَهم لم تجُزْ [٤/ ٣٣ب] لِعَدَمِ المِلْكِ، فكان وُجودُها والعدَمُ بمنزلةٍ واحدةٍ، بخلافِ قسمةِ (٥) الإمامِ الغنائمَ في دارِ الحربِ، أنّها جائزةٌ وإنْ لم يَثْبُتِ المِلْكُ فيها في دارِ الحربِ؛ لأنّ قسمةَ الإمامِ إنّما تجوزُ عندنا إذا اجتَهَدَ وأفضى رأيُه إلى المِلْكِ، حتّى لو قَسَمَ مُجازَفةً لا تجوزُ على أنّ القسمةَ هناك (٦) قضاءٌ صَدرَ من إمامٍ جائزِ القضاءِ، ولم يوجدْ هاهنا، ولا خلافَ في أنّهم أيضًا إذا استَوْلوا على رِقابِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «والتشمير».
(٣) في المخطوط: «استيلاء الكفار».
(٤) في المخطوط: «أموالهم».
(٥) في المخطوط: «قسم».
(٦) في المخطوط: «هنا».

المسلمينَ، ومُدَبَّريهم، وأُمَّهاتِ أولادِهم، ومُكاتَبيهم، أنّهم لا يَمْلِكونَهم، وإنْ أحرَزوهم بالدّارِ.

واختُلِفَ فيما إذا دَخَلوا دارَ الإسلامِ فاستَوْلوا على أموالِ المسلمينَ، وأحرَزوها بدارِ الحربِ قال عُلَماؤُنا: يَمْلِكونَها حتّى لو كان المُسْتَوْلى عليه عبدًا فأعتَقَه الحربيُّ أو باعه، أو كاتَبَه أو دبَّرَه، أو كانت أمةً فاستَوْلَدَها جاز ذلك خاصّةً [١].

وقال الشافعيُّ - رحمه الله: لا يَمْلِكونَها [٢].

وجه قولِه: أنّهم استَوْلوا على مالٍ معصومٍ، والاستيلاءُ على مالٍ معصومٍ لا يُفيدُ المِلْك كاستيلاءِ المسلمِ على مالِ المسلمينَ، واستيلائهم على الرّقاب، وإنّما قُلْنا ذلك لأنّ عِصْمةَ مالِ المسلمِ ثابِتةٌ في حَقِّهم؛ لأنّهم يُخاطَبونَ بالحُرُماتِ إذا بَلَغَتْهم الدَّعْوةُ، وإنِ اختلَفا [٣] في العِباداتِ والاستيلاءُ يكونُ مَحْظورًا، والمَحْظورُ لا يَصْلُحُ سببًا للمِلْكِ.

(ولَنا) أنّهم استَوْلوا على مالٍ مُباحٍ غيرِ مملوكٍ، ومَنِ استَوْلى على مالٍ مُباحٍ غيرِ مملوكٍ يَمْلِكُه، كمَنِ استَوْلى على الحطَبِ والحشيشِ والصَّيْدِ، ودَلالةُ أنّ هذا الاستيلاءَ [٤] على مالٍ مُباحٍ غيرِ مملوكٍ أنّ مِلْك المالِكِ يَزولُ بعدَ الإحرازِ بدارِ الحربِ، فتزولُ العِصْمةُ [ضرورةً] [٥] بزَوالِ المِلْكِ، والدَّليلُ على زَوالِ المِلْكِ أنّ المِلْك هو الاختصاصُ بالمَحَلِّ في حَقِّ التّصَرُّفِ، أو شُرِعَ لِلتَّمَكُّنِ من التّصَرُّفِ في المَحَلِّ، وقد زالَ ذلك بالإحرازِ بالدّارِ؛ لأنّ المالِك لا يُمْكِنُه الانتِفاعُ به إلاّ بعدَ الدُّخولِ، ولا يُمْكِنُه الدُّخولُ بنفسِه لِما فيه من مُخاطَرةِ الرّوحِ، وإلْقاءِ النّفسِ في التّهْلُكةِ، وغيرُه قد لا يوافِقُه ولو وافَقَه فقد لا يَظْفَرُ به، ولو ظَفَرَ به قَلَّما يُمْكِنُهم الاستِرْدادُ؛ لأنّ الدّارَ دارُهم، وأهلُ الدّارِ يَذُبّونَ عن دارِهم، فإذا زالَ معنى المِلْكِ أو ما شُرِعَ له المِلْكُ يَزولُ المِلْكُ ضرورةً.

وكذلك لو استَوْلوا على عَبيدِنا فهو على هذا الاختلافِ؛ لأنّ العبدَ مالٌ قابلٌ لِلتّمليكِ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: رؤوس المسائل (ص ٣٦٠)، شرح فتح القدير (٦/ ٣، ٤)، البناية (٦/ ٦٠٠)، الدر المختار (٤/ ١٦٠).

(٢) ومذهب الشافعية: أنه لو استولى الكفار على أموال المسلمين، لم يملكوها سواء أحرزوها بدار الحرب أم لا. انظر: مختصر المزني (ص ٧٣)، روضة الطالبين (١٠/ ٢٩٣، ٢٩٤).

(٣) في المخطوط: «اختلفتا».

(٤) في المخطوط: «استيلاء».

(٥) ليست في المخطوط.

بالاستيلاءِ، ولهذا يحتملُ التّمَلُّك بسائرِ أسبابِ المِلْكِ، بخلافِ الأحرارِ والمُدَبَّرين والمُكاتَبينَ وأُمَّهاتِ الأولادِ، وهذا إذا دَخَلوا دارَ الإسلامِ فاستَوْلوا على عَبيدِ المسلمينَ وأحرَزوهم بدارِ الحربِ.

فأمّا إذا أبَقَ عبدٌ أو أمةٌ، ولَحِقَ بدارِ الحربِ فأخذه الكُفّارُ لا يَمْلِكونَه عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ يَمْلِكونَه.

وجه قولِهما: أنّهم استَوْلوا على مالٍ مُباحٍ غيرِ مملوكٍ فيَمْلِكونَه قياسًا على الدّابّةِ التي نَدَّتْ من دارِ الإسلامِ إلى دارِ الحربِ فأخذها الكُفّارُ وسائرَ أموالِ المسلمينَ التي استَوْلوا عليها.

والدَّليلُ على أنّهم استَوْلوا على مالٍ مُباحٍ غيرِ مملوكٍ أنّه كما دخل دارَ الحربِ فقد زالَ مِلْكُ المالِكِ لِما ذَكَرْنا في المسألةِ الأولى، وزَوالُ المِلْكِ لا يوجِبُ زَوالَ الماليّةِ [١] ألا تَرَى أنّه لا يوجِبُ زَوالَ الرّقِّ؟.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ: أنّ الاستيلاءَ لم يُصادِفْ مَحَلَّه، فلا يُفيدُ المِلْك قياسًا على الاستيلاءِ على الأحرارِ والمُدَبَّرين والمُكاتَبينَ وأُمَّهاتِ الأولادِ، ودَلالةُ أنّ الاستيلاءَ لم يُصادِفْ مَحَلَّه أنّ مَحَلَّ الاستيلاءِ هو المالُ، ولم يوجدْ؛ لأنّ الماليّةَ في هذا المَحَلِّ إنّما ثَبَتَتْ ضرورةَ ثُبوتِ المِلْكِ للغانِمينَ؛ لأنّ الأصلَ فيه هو الحُرّيّةُ، وكَما دخل دارَ الحربِ فقد زالَ المِلْكُ كما ذَكَرْنا في المسألةِ المُتَقَدِّمةِ، فتَزولُ الماليّةُ الثّابِتةُ ضرورةَ ثُبوتِه، فكان يَنْبَغي أنْ يَزولَ الرّقُّ أيضًا، إلاّ أنّه بَقيَ شرْعًا، بخلافِ القياس فيُقْتَصَرُ على موردِ النّصِّ [٢]، بخلافِ الدّابّةِ؛ لأنّ الماليّةَ فيها لا تَثْبُتُ ضرورةَ ثُبوتِ المِلْكِ؛ لأنّها مالٌ والأموالُ كُلُّها مَحَلٌّ لِثُبوتِ المِلْكِ، وبخلافِ الآبِقِ المُتَرَدِّدِ في دارِ الإسلامِ؛ لأنّ الاستيلاءَ حقيقةً صادَفَه [٣] وهو مالٌ مملوكٌ فكان يَنْبَغي أنْ يَثْبُتَ المِلْكُ للحالِ لِوُجودِ سببِه، إلاّ أنّه تأخَّرَ إلى وقتِ الإحرازِ بالدّارِ لِمانِعٍ وهو مِلْكُ المالِكِ، فإذا أحرَزوه بدارِهم فقد زالَ المانِعُ لِزَوالِ المِلْكِ، فيعملُ الاستيلاءُ السّابِقُ، وعملُه في إثباتِ المِلْكِ، والمِلْكُ لا يَثْبُتُ إلاّ في المالِ فبَقيَتِ الماليّةُ ضرورةَ [٤/ ٣٤أ] أما [٤] هاهنا؛ لا

(١) في المخطوط: «المالكية».
(٢) في المخطوط: «الشرع».
(٣) في المخطوط: «صادقة».
(٤) في المطبوع: «المرء»!!.

استيلاء [١] حال كونِه مالاً أصلاً، وبعدَما وُجِدَ الاستيلاءُ لا ماليّةَ لِزَوالِ المِلْكِ، فلم يُصادِفِ الاستيلاءُ مَحَلَّه فلا يُفيدُ المِلْك واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ كيْفيّةِ الحُكْمِ فنقولُ:

مِلْكُ المسلمِ يَزولُ عن مالِه باستيلاءِ الكُفّارِ عليه، ويَثْبُتُ لهم عندنا على وجهٍ له حَقُّ الإعادةِ، إمّا بعِوَضٍ، أو بغيرِ عِوَضٍ، حتّى لو ظَهَرَ عليهم المسلمونَ فأخَذوها وأحرَزوها بدارِ الإسلامِ، فإنْ وجَدَه المالِكُ القَديمُ قبل القسمةِ أخذه بغيرِ شيءٍ، سواءٌ كان من ذَواتِ القِيَمِ أو من ذَواتِ الأمثالِ، وإنْ وجَدَه بعدَ القسمةِ فإنْ كان من ذَواتِ الأمثالِ لا يأخذُه؛ لأنّه لو أخذه لأخذه [٢] بمثلِه فلا يُفيدُ، وإنْ لم يكنْ من ذَواتِ الأمثالِ يأخذُه بقيمَتِه إنْ شاء؛ لأنّ الأخْذَ بالقيمةِ مُراعاةَ الجانِبينِ: جانِبِ المِلْكِ القَديم بإيصالِه إلى قَديمِ مِلْكِه الخاصِّ المَأخوذِ منه بغيرِ عِوَضٍ، وجانِبِ الغانِمينَ بصيانةِ مِلْكِهم الخاصِّ عن الزَّوالِ من غيرِ عِوَضٍ، فكان الأخْذُ بالقيمةِ نَظَرًا للجانِبينِ ومُراعاةَ الحقَّيْنِ، بخلافِ ما إذا وجَدَه قبل القسمةِ أنّه يأخذُه بغيرِ شيءٍ؛ لأنّ الثّابِتَ للغانِمينَ قبل القسمةِ بعدَ الإحرازِ ليس إلاّ الحقُّ المُتأكِّدُ، أو المِلْكُ العامُّ، فكانت الإعادةُ إلى قَديمِ المِلْكِ رِعايةً للمِلْكِ الخاصِّ أولى وقد رُوِيَ أنّ بَعِيرًا لِرجلٍ من المسلِمينَ استَوْلى عليه أهْلُ الحرْبِ، ثُمَّ ظَهَرَ عليهم المسلمُونَ فوَجَدَه صَاحبُه فِي المَغْنَمِ، فسَألَ رَسولَ اللَّه ﷺ عنه [٣] فقالَ: «إنْ وجَدْتَه قبلَ القسمةِ فهُوَ لك بغيرِ شيءٍ، وإنْ وجَدْتَه بعدَ القسمةِ فهُوَ لك بالقِيمةِ» [٤]، وكذلك لو كان الحربيُّ باع المَأخوذَ من المسلمينَ، ثُمّ ظَهَرَ عليه المسلمونَ، فإنّ المالِك القَديمَ يأخذُه قبل القسمةِ بغيرِ شيءٍ، وبعدَ القسمةِ بالقيمةِ؛ لأنّه باعه مُسْتَحَقُّ الإعادةِ إلى قَديمِ المِلْكِ فبَقِيَ كذلك.

ولو كان المُسْتَوْلى عليه مُدبَّرًا أو مُكاتَبًا أو أُمَّ ولَدٍ، ثُمّ ظَهَرَ عليه المسلمونَ فأخْرَجوه إلى دارِ الإسلامِ، أخذه المالِكُ القَديمُ بغيرِ شيءٍ قبل القسمةِ وبعدَها؛ لأنّه حُرٌّ من وجهٍ، والحُرُّ من وجهٍ أو من كُلِّ وجهٍ لا يحتملُ التَّمَلُّك بالاستيلاءِ، ولهذا لا يحتملُه بسائرِ أسبابِ المِلْكِ، فإذا حَصَلوا [٥] في أيدي الغانِمينَ وجَبَ رَدُّهم إلى المالِكِ القَديمِ.

---

(١) في المطبوع: «لاستيلاءِ».
(٢) في المخطوط: «أخذه».
(٣) في المخطوط: «عن ذلك».
(٤) انظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٢٩)، رقم (٧٣٢).
(٥) في المخطوط: «حملوا».

ولو وهَبَ الحربيُّ ما مَلكه بالاستيلاءِ لِرجلٍ من المسلمينَ، أخذه المالِكُ القَديمُ بالقيمةِ إنْ شاء؛ لأنّ فيه نَظَرًا للجانبينِ على ما بيّنّا.

وكذلك لو باعه من مسلم بعِوَضٍ فاسدٍ، بأنْ باع من مسلم عبدَ المسلم بخمرٍ أو خِنْزيرٍ، أخذه صاحبُه بقيمةِ العبدِ؛ لأنّ تسميةَ الخمرِ والخِنْزيرِ لَم تَصِحَّ، فكان هذا بيعًا فاسدًا، والبيعُ الفاسدُ مضمونٌ بقيمةِ المبيعِ، فصار كأنّه اشتراه بقيمَتِه، ولو لم يكنِ العِوَضُ فاسدًا أخذه بالثّمنِ الذي اشتراه به إنْ شاء، إنْ كان اشتراه بخلافِ جنسِه؛ لأنّ الأخْذَ عند اختلافِ الجنسِ مُفيدٌ.

وكذلك لو كان اشتراه بجنسِه لكنْ بأقَلَّ منه، فإنّه يأخذُه بمثلِ ما اشتراه، ولا يكونُ هذا رِبًا، لأنّ الرّبا فضْلُ مالٍ قُصِدَ استحقاقُه بالبيعِ من غيرِ عِوَضٍ يُقابلُه، والمالِكُ القَديمُ لا يأخذُه بطريقِ البيعِ، بل بطريقِ الإعادةِ إلى قَديمِ مِلْكِه، فلا يتحَقَّقُ الرّبا، وإنْ كان اشتراه بجنسِه بمثلِه قدرًا لا يأخذُه؛ لأنّه لا يُفيدُ.

ولو اشتراه رجلٌ من العدوِّ ثُمّ باعه من رجلٍ آخرَ، ثُمّ حَضرَ المالِكُ القَديمُ أخذه من الثّاني بالثّمنِ الثّاني، وليس له أنْ يَنْقُضَ البيعَ الثّانيَ، ويأخذَ [١] بالثّمنِ الأوّلِ من المشتري الأوّلِ في ظاهرِ الرّوايةِ.

ورُوِيَ عن محمّدٍ - رحمه الله - في النّوادِرِ أنّ المالِك بالخيارِ إنْ شاء نَقض البيعَ وأخذه بالثّمنِ الأوّلِ، وإنْ شاء أخذه بالثّمنِ الثّاني.

(وجه) روايةِ النّوادِرِ: أنّ أخْذَ المالِكِ القَديم تَمَلُّكٌ ببَدَلٍ فأشبَهَ حَقَّ الشُّفْعةِ، ثُمّ حَقُّ الشَّفيعِ مُقَدَّمٌ على حَقِّ المشتري، فكذا حَقُّه والجامِعُ أنّ حَقَّ كُلٍّ واحدٍ منهما سابِقٌ على حَقِّ المشتري، والسَّبْقُ من أسبابِ التّرْجيحِ.

وجه ظاهرِ الرّوايةِ: أنّه لا مِلْك للمالِكِ القَديمِ في المَحَلِّ بوجهٍ، بل هو زائلٌ من كُلِّ وجهٍ، وإنّما الثّابتُ له حَقُّ الإعادةِ، وإنّه ليس بمعنًى في المَحَلِّ، فلا يمنعُ جوازَ البيعِ، فلا يَمْلِكُ نَقْضَه بخلافِ حَقِّ الشُّفْعةِ، فإنّ الشَّفيعَ يتمَلَّكُ نَقْضَ [٢] المشفوعِ فيقتضي الأخْذَ بالشُّفْعةِ بتمليكِ البائعِ منه على ما عُرِفَ.

---

(١) في المخطوط: «ويأخذه».

(٢) في المخطوط: «النقص».

وعلى هذا الأصلِ إذا عَلِمَ المالِكُ القَديمُ بشراءِ المَأسورِ، وتَرَكَ الطَّلَبَ [(١)] زَمانًا لا يَبْطُلُ حَقُّه؛ لأنّ هذا الأخْذَ ليس في معنى الأخْذِ بالشُّفْعةِ ليُشترَطَ [٤/ ٣٤ب] له الطَّلَبُ على سَبيلِ المواثَبةِ.

وعلى قياس ما رويَ عن محمّدٍ - رحمه الله - يَبْطُلُ كما يَبْطُلُ حَقُّ الشُّفْعةِ بتَرْكِ الطَّلَبِ على المواثَبةِ، وكذلك هذا الحقُّ يورَثُ في ظاهرِ الرّوايةِ، حتّى لو مات المالِكُ القَديمُ، كان لِوَرَثَتِه أنْ يأخذوه، وعلى قياس ما رويَ عن محمّدٍ - رحمه الله - لا يورَثُ كما لا يورَثُ حَقُّ الشُّفْعةِ.

والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرّوايةِ؛ لأنّ هذا الأخْذَ ليس ابتِداءَ تَمَلُّكٍ، بل هو إعادةٌ إلى قَديم المِلْكِ، بخلافِ الأخْذِ بالشُّفْعةِ، وحَقُّ الإعادةِ إلى قَديم المِلْكِ مِمّا يحتملُ الإرْثَ كحَقِّ الرَّدِّ بالعيْبِ، وليس لِبعضِ الورَثةِ أنْ يأخذوا ذلك دونَ البعضِ؛ لأنّه حَقٌّ ثَبَتَ للكُلِّ فلا يَنْفَرِدُ به البعضُ.

ولو اشترى المَأسورَ رجلٌ فأدْخَلَه دارَ الإسلامِ، ثُمّ أسره [(٢)] العدوُّ ثانيًا، فاشتراه رجلٌ آخرُ، فأدْخَلَه دارَ الإسلامِ، فالمشتري الأوّلُ أحَقُّ من المالِكِ القَديم، وليس للمالِكِ القَديمِ أنْ يأخذَه من المشتري الثّاني؛ لأنّه لَمّا أُسِرَ من يَدِ المشتري الأوّلِ نَزَلَ المشتري الأوّلُ منزلةَ المالِكِ القَديم، فكان حَقُّ الأخْذِ له، لكنْ إذا أخذه المشتري الأوّلُ فللمالِكِ القَديم أنْ يأخذَه بالثّمنَيْنِ إنْ شاء أو يَدَعَ؛ لأنّه لَمّا أخذه المشتري الأوّلُ بالثّمنِ فقد قام عليه بالثّمنَيْنِ، فكأنّه اشتراه بهذا القدرِ من المالِ ولم يوجدِ الأسرُ أصلاً.

ولو أعتَقَ الحربيُّ العبدَ المَأسورَ في دارِ الحرب، أو دَبَّرَه، أو كاتَبَه، أو كانت له أمَةٌ فاستَوْلَدَها، ثُمّ ظَهَرَ المسلمونَ عليها، [فذلك كُلُّه جائزٌ] [(٣)]، وعَتَقَتْ هي وأولادُها، وكذا المُدَبَّرُ والمُكاتَبُ.

(أمّا) إذا أعتَقَه فلأنّ يَدَه زالَتْ عنه وهو مسلمٌ، فحَصَلَ في يَدِ نفسِه فعَتَقَ عليه، كالعبدِ الحربيِّ إذا خرج إلينا مسلمًا، والاستيلادُ فرْعُ النّسَبِ، والنّسَبُ يَثْبُتُ في دارِ الحربِ، وقَهْرُ الحربيِّ كموتِه، وإنْ مات عَتَقَتْ أُمُّ ولَدِه، كما إذا غَلَبَ عليه، وعِتْقُ المُدَبَّرِ لهذا

---

(١) في المخطوط: «الطالب».

(٢) في المطبوع: «اشتراه».

(٣) ليست في المخطوط.

المعنى، والمُكاتَبُ صار في يَدِ نفسِه؛ لِزَوالِ يَدِ المولى عنه وهو مسلمٌ فيَعْتِقُ، ولأنّه إذا قُهِرَ المولى سَقَطَ عنه بَدَلُ الكتابةِ، فعَتَقَ لِزَوالِ رِقِّه، ولو كان المَأسورُ حُرًّا فاشتراه مسلمٌ وأخْرَجَه إلى دارِ الإسلامِ، فلا شيءَ للمشتري على الحُرِّ؛ لأنّه ما اشتراه حقيقةً؛ إذِ الحُرُّ لا يحتملُ التّمَلُّك، لكنّه بَذَلَ مالاً لاستخلاصِ الأسيرِ بغيرِ إذنِه، فكان مُتطَوِّعًا فيه، فلا يَمْلِكُ الرُّجوعَ عليه، وإنْ أمَرَه الحُرُّ بذلك ففعَلَه بأمرِه رجع عليه؛ لأنّه لَمّا أمَرَه بذلك فكَأنّه استقرَضَ منه هذا القدرَ من المالِ، فأقرَضَه إيّاه، ثُمّ أمَرَه أنْ يَدْفعَه إلى فُلانٍ ففعَلَ، فيرجعُ عليه بحُكْمِ الاستِقْراضِ.

ولو أسلَمَ أهلُ الحربِ، ومَتاعُ المسلمينَ الذي أحرَزوه في أيديهم فهو لهم ولا حَقَّ للمالِكِ القَديمِ فيه؛ لأنّه مالٌ أسلَموا عليه، ومَنْ أسلَمَ على مالٍ فهو له على لِسانِ رسولِ اللّه ﷺ.

هذا الذي ذَكَرنا حُكْمُ استيلاءِ الكافِرِ فأمّا حُكْمُ الشّراءِ، فنقولُ: الحربيُّ إذا خرج إلينا فاشترى عبدًا مسلمًا ثَبَتَ [١] المِلْكُ له فيه عندنا؛ لكنّه يُجْبَرُ على البيعِ، وكذلك لو خرج إلينا بعبدِه فأسلَمَ في يَدِه يُجْبَرُ على البيعِ.

وعند الشّافعي - رحمه الله: لا يجوزُ شراءُ الكافِرِ العبدَ المسلمَ وهي مسألةُ كتابِ البيوعِ، فإنْ لم يَبِعْه حتّى دخل دارَ الحربِ به عَتَقَ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله تعالى، وعندهما [٢] لا يَعْتِقُ.

وجه قولهما: أنّ لِإحرازِ [٣] الكافِرِ مالَه بدارِ الحربِ أثَرًا [٤] في زَوالِ العِصْمةِ لا في زَوالِ المِلْكِ، فإنّ مالَ الكافِرِ مملوكٌ لكنّه غيرُ معصومٍ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ الثّابِتَ للحَرْبيِّ بالشّراءِ مِلْكٌ مجبورٌ على إزالَتِه، فلو لم يَعْتِقْ بإدْخاله دارَ الحربِ لم يَبْقَ المِلْكُ الثّابِتُ له شرْعًا بهذه الصِّفةِ؛ لِتَعَذُّرِ الجبْرِ بالإحرازِ بوجهٍ [٥]، فيُؤَدّي إلى تَغْييرِ المشروعِ، وهذا لا يجوزُ ثُمّ طريقُ الزَّوالِ هو الإحرازُ بالدّارِ، وإنْ كان هو في الأصلِ شرطَ زَوالِ المِلْكِ والعِصْمةِ في استيلاءِ الكُفّارِ

(١) في المخطوط: «يثبت».
(٢) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٣) في المخطوط: «إحراز».
(٤) في المخطوط: «أثره».
(٥) في المخطوط: «بوجهه».

لِتعَذُّرِ تَحصيلِ العِلَّةِ، فأُقيمَ الشَّرطُ مَقامه على الأصلِ المعهودِ من إقامةِ الشَّرطِ مَقام العِلَّةِ عند تَعَذُّرِ تَعْليقِ الحُكْمِ بالعِلَّةِ.

ولو اشترى عبدًا ذِمِّيًّا فهو على هذا الاختلافِ أيضًا؛ لأنّ الحربيَّ مجبورٌ على بيعِ الذِّمّيِّ أيضًا، ولا يُتْرَكُ ليدخلَ دارَ الحربِ.

ولو أسلَمَ عبدٌ لِحَرْبيٍّ في دارِ الحربِ لا يَعْتِقُ، وهو عبدٌ على حالِه بالإجماعِ؛ لأنّ المِلْك وإنْ كان واجبَ الإزالةِ لكنْ لا طريقَ لِلزَّوالِ هاهنا، فبَقيَ على حالِه، ولو خرج هذا العبدُ إلينا، فإنْ خرج مُراغِمًا لِمولاه ولَحِقَ بعَسْكَرِ المسلمينَ عَتَقَ؛ لأنّ دارَ الحربِ [٤/ ٣٥أ] دارُ قَهْرٍ وغَلَبةٍ، وقد قَهَرَ مولاه بخُروجِه مُراغِمًا إيّاه، فصار مُسْتَوْليًا على نفسِه مُسْتَغْنِمًا إيّاها، فيَزولُ مِلْكُ المالِكِ عنه.

وقد رُوِيَ أن رسول الله ﷺ قالَ فِي إبَاقِ عبيد الطَّائفِ: «هَؤُلَاءِ عُتَقَاءُ اللَّه سُبْحَانَه وتَعَالَى»[1] ولو خرج غيرَ مُراغَمٍ فإنْ خرج بإذنِ المولى لِلتِّجارةِ فهو عبدٌ لِمولاه لكنْ يبيعُه الإمامُ، ويَقِفُ ثَمَنَه لِمولاه، أمّا كونُه عبدًا لِمولاه فلأنّه[2] لم يخرُجْ قاهرًا مُسْتَوْليًا، ولأنّه مِلْكٌ مُسْتَحَقُّ الزَّوالِ بالإسلامِ.

وأمّا وقفُ ثَمَنِه لِمولاه، فلأنّه باعه على مِلْكِه، وكذا لو لم يخرُجْ مُراغِمًا ولكنْ ظَهَرَ المسلمونَ على الدّارِ يُعْتَقُ أيضًا؛ لأنّه لَمّا أسلَمَ فقد بَقيَ عليه مِلْكٌ مُسْتَحَقُّ الزَّوالِ، مُحْتاجٌ إلى طريقِ الزَّوالِ، وقد وُجِدَ وهو إحرازُ نفسِه بمنعِه المسلمينَ، وإنّه أسبَقُ من إحرازِ المسلمينَ إيّاه بدارِ الإسلامِ ليَمْلِكوه فكان أولى، ولو لم يخرُجْ ولم يَظْهَرْ على الدّارِ، ولكنْ باعه الحربيُّ من مسلمٍ أو حَرْبيٍّ، عَتَقَ عند أبي حنيفةَ قَبِلَ المشتري البيعَ أو لم يَقْبل، وعندهما[3] لا يُعْتَقُ.

وجه قولِهما: أنّه كما زالَ مِلْكُ البائعِ عنه فقد ثَبَتَ مِلْكُ المشتري فيه، فلا يُعْتَقُ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ رضي الله تعالى عنه: ما ذَكَرْنا أنّ هذا مِلْكٌ مُسْتَحَقُّ الزَّوالِ موقوفٌ زَوالُه على سببِ الزَّوالِ أو شرطِ الزَّوالِ على ما بَيَّنّا، فإذا عَرَضَه على البيعِ،

---

(١) رواه البخاري، كتاب: التوحيد، باب: قول الله تعالى: ﴿وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاضِرَةٌ﴾، برقم (٧٤٤٠)، ومسلم، كتاب: الإيمان، باب: معرفة طريق الرؤية، برقم (١٨٣) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) في المخطوط: «فإنه».

(٣) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».

والبيعُ سببٌ لِزَوالِ المِلْكِ فقد رَضيَ بزَوالِه إلى غيرِه فكان بزَوالِه إليه أرضَى، لأنّه استَحَقَّ الزَّوالَ وغيرُه ما استَحَقَّه، والرّضا بالزَّوالِ شرطُ الزَّوالِ.

ولو أسلَمَ حَرْبيٌّ في دارِ الحربِ وله رَقيقٌ فيها، فخرج هو إلى دارِ الإسلامِ ثُمّ تَبِعَه عبدُه بعدَ ذلك كافِرًا كان أو مسلمًا فهو عبدٌ لِمولاه؛ لأنّ خُروجَه إلى مولاه كخُروجِه مع مولاه ولو كان خرج مع مولاه لكان عبدًا لِمولاه كذا هذا، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في بيان الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين]

وأمّا بيانُ الأحكامِ التي تختَلِفُ باختلافِ الدّارَيْنِ، فنقولُ:

لا بُدَّ أوّلاً من معرفةِ معنى الدّارَيْنِ، دارِ الإسلامِ ودارِ الكُفرِ؛ لِتُعْرَفَ الأحكامُ التي تختَلِفُ باختلافِهما، ومعرفةُ ذلك مَبنيّةٌ على معرفةِ ما به تَصيرُ الدّارُ دارَ إسلامٍ أو دارَ كُفرٍ فنقولُ:

لا خلافَ بينَ أصحابِنا في أنّ دارَ الكُفْرِ تَصيرُ دارَ إسلامٍ بظُهورِ أحكامِ الإسلامِ فيها، واختلَفوا في دارِ الإسلامِ، أنّها بماذا تَصيرُ دارَ الكُفْرِ؟

قال ابو حنيفة: إنّها لا تَصيرُ دارَ الكُفرِ إلاّ بثلاثِ شرائطَ:

احدُها: ظُهورُ أحكامِ الكُفرِ فيها.

والثاني: أنْ تكونَ مُتاخِمةً لِدارِ الكُفرِ.

والثالِث: أنْ لا يَبْقَى فيها مسلمٌ ولا ذِمّيٌّ آمِنًا بالأمانِ الأوّلِ، وهو أمانُ المسلمينَ.

وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ - رحمهما الله: إنّها تَصيرُ دارَ الكُفرِ بظُهورِ أحكامِ الكُفرِ فيها، وجه قولِهما: أنّ قولَنا دارُ الإسلامِ ودارُ الكُفرِ إضافةُ دارٍ إلى الإسلامِ وإلى الكُفرِ، وإنّما تُضافُ الدّارُ إلى الإسلامِ أو إلى الكُفرِ لِظُهورِ الإسلامِ أو الكُفرِ فيها، كما تُسَمَّى الجنّةُ دارَ السَّلامِ، والنّارُ دارَ البوارِ؛ لِوُجودِ السَّلامةِ في الجنّةِ، والبوار في النّارِ وظُهورُ الإسلامِ والكُفرِ بظُهورِ أحكامِهما، فإذا ظَهَرَ أحكامُ الكُفرِ في دارٍ فقد صارتْ دارَ كُفرٍ فصَحَّتِ الإضافةُ، ولهذا صارتِ الدّارُ دارَ الإسلامِ بظُهورِ أحكامِ الإسلامِ فيها من غيرِ شريطةٍ أُخرى، فكذا تَصيرُ دارَ الكُفرِ بظُهورِ أحكامِ الكُفرِ فيها واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله -: أنّ المقصودَ من إضافةِ الدّارِ إلى الإسلامِ والكُفرِ ليس هو عَيْنَ الإسلامِ والكُفرِ، وإنّما المقصودُ هو الأمنُ والخوْفُ، ومعناه أنّ الأمانَ إنْ كان للمسلمينَ فيها على الإطلاقِ، والخوْف للكَفرةِ على الإطلاقِ، [فهي دارُ الإسلامِ، وإنْ كان الأمانُ فيها للكَفَرةِ على الإطلاقِ، والخوْفُ للمسلمينَ على الإطلاقِ] [1]، فهي دارُ الكُفْرِ والأحكامُ مَبنيّةٌ على الأمانِ والخوْفِ لا على الإسلامِ والكُفرِ، فكان اعتِبارُ الأمانِ والخوْفِ أولى، فما لم تقعِ الحاجةُ للمسلمينَ إلى الاستئمانِ بَقيَ الأمنُ الثّابِتُ فيها على الإطلاقِ، فلا تَصيرُ دارَ الكُفْرِ، وكذا الأمنُ الثّابِتُ على الإطلاقِ لا يَزولُ إلاّ بالمُتاخَمةِ لِدارِ الحربِ، فتَوَقَّفَ [2] صَيْرورَتُها دارَ الحربِ على وُجودِهما مع أنّ إضافةَ الدّارِ إلى الإسلامِ احتَمَلَ أنْ يكونَ لِما قُلْتُم، واحتَمَلَ أنْ يكونَ لِما قُلْنا، وهو ثُبوتُ الأمنِ فيها على الإطلاقِ للمسلمينَ وإنّما يَثْبُتُ للكَفرةِ بعارِضِ الذِّمّةِ والاستئمانِ، فإنْ كانت الإضافةُ لِما قُلْتُمْ تَصيرُ دارَ الكُفْرِ بما قُلْتُمْ، وإنْ كانت الإضافةُ لِما قُلْنا لا تَصيرُ دارَ الكُفْرِ إلاّ بما قُلْنا، فلا تَصيرُ ما به [٤/ ٣٥ب] دارُ الإسلامِ بيَقينٍ دارَ الكُفْرِ بالشّكِّ والاحتمالِ على الأصلِ المعهودِ أنّ الثّابِتَ بيَقينٍ لا يَزولُ بالشّكِّ والاحتمالِ، بخلافِ دارِ الكُفرِ حيث تَصيرُ دارَ الإسلامِ؛ لِظُهورِ أحكامِ الإسلامِ فيها؛ لأنّ هناك التّرْجيحَ لِجانِبِ الإسلامِ؛ لِقولِه ﷺ: «الإسْلَامُ يَعْلُو ولَا يُعْلَى» [3] فزالَ الشّكُّ على أنّ الإضافةَ إنْ كانت باعتِبارِ ظُهورِ الأحكامِ، لكنْ لا تَظْهَرُ أحكامُ الكُفرِ إلاّ عند وُجودِ هذَيْنِ الشّرطَيْنِ - أعني المُتاخَمةَ وزَوالَ الأمانِ الأوّلِ - لأنّها لا تَظْهَرُ إلاّ بالمَنَعةِ، ولا مَنَعةَ إلاّ بهما، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

و[على] [4] قياس هذا الاختلاف في أرضٍ لأهلِ الإسلامِ ظَهَرَ عليها المُشْرِكونَ، وأظْهَروا فيها أحكامَ الكُفْرِ، أو كان أهلُها أهلَ ذِمّةٍ فنقضوا الذِّمّةَ، وأظْهَروا أحكامَ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «فيوقف».

(٣) أخرجه البخاري تعليقًا، كتاب الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه...، من حديث ابن عباس رضي‌الله عنهما.

وبسند حسن: أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥٢)، برقم (٣٠)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٠٥)، برقم (١١٩٣٥)، والروياني في مسنده (٢/ ٣٧)، برقم (٧٨٣) من حديث عائذبن عمرو رضي‌الله عنه، انظر إرواء الغليل، رقم (١٢٦٨).

(٤) زيادة من المخطوط.

الشِّرْكِ، هل تَصيرُ دارَ الحربِ؟

فهو على ما ذَكَرْنا من الاختلافِ، فإذا صارتْ دارَ الحربِ فحُكْمُها إذا ظَهَرْنا عليها، وحُكْمُ سائرِ دورِ الحربِ سواءٌ، وقد ذَكَرْناه.

ولو فتَحَها الإمامُ ثُمّ جاءَ أربابُها، فإنْ كان قبل القسمةِ أخذوا بغيرِ شيءٍ، وإنْ كان بعدَ القسمةِ أخذوا بالقيمةِ إنْ شاءوا لِما ذَكَرْنا من قبلُ، وعادَ المَأخوذُ على حُكْمِه الأوّلِ الخراجيُّ عادَ خَراجيًّا، والعُشْريُّ عادَ عُشْريًّا؛ لأنّ هذا ليس استحداثَ المِلْكِ، بل هو عَوْدُ قَديمِ المِلْكِ إليه، فيَعودُ بوَظيفَتِه إلاّ إذا كان الإمامُ وضَعَ عليها الخراجَ قبل ذلك، فلا يَعودُ عَشْريًّا؛ لأنّ تَصَرُّفَ الإمامِ صَدرَ عن وِلايةٍ شرْعيّةٍ، فلا يحتملُ النّقْضَ، واللّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في بيان أنواع الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين]

وأمّا الأحكامُ التي تختَلِفُ باختلافِ الدّارَيْنِ فأنواعٌ:

منها: أنّ المسلمَ إذا زَنا في دارِ الحربِ، أو سَرَقَ، أو شربَ الخمرَ، أو قَذَفَ مسلمًا لا يُؤخَذُ بشيءٍ من ذلك؛ لأنّ الإمامَ لا يَقْدِرُ على إقامةِ الحُدودِ في دارِ الحربِ؛ لِعَدَمِ الوِلايةِ، ولو فعَلَ شيئًا من ذلك ثُمّ رجع إلى دارِ الإسلامِ لا يُقامُ عليه الحدُّ أيضًا؛ لأنّ الفعلَ لم يَقَعْ موجِبًا أصلاً.

ولو فعَلَ في دارِ الإسلامِ ثُمّ هَرَبَ إلى دارِ الحربِ يُؤخَذُ به؛ لأنّ الفعلَ وقَعَ موجِبًا للإقامةِ، فلا يَسْقُطُ بالهَرَبِ إلى دارِ الحربِ.

وكذلك إذا قَتَلَ مسلمًا لا يُؤخَذُ بالقِصاصِ، وإنْ كان عَمْدًا؛ لِتَعَذُّرِ الاستيفاءِ إلاّ بالمَنَعةِ؛ إذِ الواحدُ يُقاوِمُ الواحدَ، والمَنَعةُ مُنْعَدِمةٌ، ولأنّ كونَه في دارِ الحربِ أورَثَ شُبْهةً في الوُجوبِ، والقِصاصُ لا يجبُ مع الشُّبْهةِ، ويضمنُ الدّيةَ خَطأً كان أو عَمْدًا، وتكونُ في مالِه لا على العاقِلةِ؛ لأنّ الدّيةَ تجِبُ على القاتلِ ابتِداءً، أو لأنّ القَتْلَ وُجِدَ منه، ولهذا وجَبَ القِصاصُ والكَفّارةُ على القاتلِ لا على غيرِه، فكذا الدّيةُ تجِبُ عليه ابتِداءً وهو الصّحيحُ، ثُمّ العاقِلةُ تَتَحَمَّلُ عنه بطريقِ التّعاوُنِ لِما يصلُ [1] إليه بحياتِه من

(١) في المخطوط: «اتصل».

المَنافعِ من النُّصْرةِ والعِزِّ، والشَّرَفِ بكَثْرةِ العشائرِ، والبِرِّ والإحسانِ لهم ونحوِ ذلك، وهذه المَعاني لا تَحْصُلُ عند اختلافِ الدّارَيْنِ، فلا تَتَحَمَّلُ عنه العاقِلةُ.

وكذلك لو كان أميرًا على سَرِيّةٍ، أو أميرَ جَيْشٍ وزَنا رجلٌ منهم، أو سَرَقَ، أو شرِبَ الخمرَ، أو قَتَلَ مسلمًا خطَأً أو عَمْدًا، لم يأخذْه الأميرُ بشيءٍ من ذلك؛ لأنّ الإمامَ ما فوّضَ إليه إقامةُ الحُدودِ والقِصاصِ؛ لِعِلْمِه أنّه لا يَقْدِرُ على إقامتِها في دارِ الحربِ، إلاّ أنّه يضمنُه السّرقةَ إنْ كان استَهْلكها ويُضَمِّنُه الدّيةَ في بابِ القَتْلِ؛ لأنّه يَقْدِرُ على استيفاءِ ضمانِ المالِ.

ولو غَزا الخليفةُ أو أميرُ الشّامَ، ففَعَلَ رجلٌ من العسْكَرِ شيئًا من ذلك أقام عليه الحدَّ واقْتَصَّ منه في العمْدِ وضَمَّنَه الدّيةَ في مالِه في الخطَأِ؛ لأنّ إقامةَ الحُدودِ إلى الإمامِ، وتَمَكُّنُه الإقامةَ بمالِه من القوّةِ والشَّوْكةِ باجتِماعِ الجُيوشِ وانقيادِها له، فكان لِعَسْكَرِه حُكْمُ دارِ الإسلامِ.

ولو شَذَّ رجلٌ من العسْكَرِ ففَعَلَ شيئًا من ذلك دُرِئَ عنه الحدُّ والقِصاصُ؛ لاقْتِصارِ وِلايةِ الإمامِ على المُعَسْكَرِ.

وعلى هذا [أيضًا][1] يخرُجُ الحربيُّ إذا أسلَمَ في دارِ الحربِ، ولم يُهاجرْ إلينا فقَتَلَه مسلمٌ عَمْدًا أو خَطَأً؛ لأنّه لا قِصاصَ عليه عندنا على ما ذَكَرْنا وهذا مَبنيٌّ على أنّ التّقَوُّمَ عندنا يَثْبُتُ بدارِ الإسلامِ؛ لأنّ التّقَوُّمَ بالعِزّةِ، ولا عِزّةَ إلاّ بمَنَعةِ المسلمينَ، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - التّقَوُّمُ يَثْبُتُ بالإسلامِ.

وعلى هذا إذا أسلَمَ الحربيُّ في دارِ الحربِ - ولم يَعْرِفْ أنّ عليه صَلاةً ولا صيامًا، ثُمّ خرج إلى دارِ الإسلامِ فليس عليه قضاءُ ما مضى.

وقال أبو يوسف: أستَحْسِنُ أنْ يجبَ [٤/ ٣٦أ] عليه القضاءُ.

(وجه) قوله: أنّ الصّلاةَ قد وجَبَتْ عليه لِوُجودِ سببِ الوُجوبِ وهو الوقتُ، وشرطُه وهو الإسلامُ، والصّلاةُ الواجبةُ إذا فاتَتْ عن وقتِها تُقْضى، كالذِّمّيِّ إذا أسلَمَ في دارِ الإسلامِ ولم يَعْرِفْ أنّ عليه ذلك حتّى مضى عليه أوقاتُ صَلَواتٍ ثُمّ عَلِمَ.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(وجه) قولِ أبي حنيفة: أنّ وُجوبَ الشَّرائعِ يَعْتَمِدُ البلوغَ، وهو العِلْمُ بالوُجوبِ؛ لأنّ وُجوبَها لا يُعْرَفُ إلاّ بالشّرعِ بالإجماعِ إنِ اختلَفا في وُجوبِ الإيمانِ، إلاّ أنّ حقيقةَ العِلْمِ ليستْ بشرطٍ بل إمكانُ الوُصولِ إليه كافٍ، وقد وُجِدَ ذلك في دارِ الإسلامِ؛ لأنّها دارُ العِلْمِ بالشَّرائعِ، ولم يوجدْ في دارِ الحربِ؛ لأنّها دارُ الجهْلِ بها بخلافِ وُجوبِ الإيمانِ، وشُكْرِ النِّعَمِ، وحُرْمةِ الكُفْرِ، والكُفرانِ ونحوِ ذلك؛ لأنّ هذه الأحكامَ لا يَقِفُ وُجوبُها على الشّرعِ، بل تجِبُ بمُجَرَّدِ العقلِ عندنا فإنّ أبا يوسفَ رَوَى عن أبي حنيفةَ رحمه الله (هذه العِبارةَ فقال: كان أبو حنيفةَ رضي الله عنه) [١] يقولُ: لا عُذْرَ لأحدٍ من الخلْقِ في جَهْلِه معرفةَ خالقِه؛ لأنّ الواجبَ على جميعِ الخلْقِ معرفةُ الرَّبِّ جل جلاله وتَوْحيدُه؛ لِما يَرَى من خَلْقِ السَّماواتِ والأرضِ، وخَلْقِ نفسِه، وسائرِ ما خَلَقَ اللَّه - سبحانه وتعالى فأمّا الفرائضُ فمَنْ لم يَعْلمها، ولم تَبْلُغْه، فإنّ هذا لم تَقُمْ عليه حُجّةٌ حُكْميّةٌ بلَفْظِه.

وَعلى هذا إذا دخل مسلمٌ أو ذِمّيٌّ دارَ الحربِ بأمانٍ، فعاقَدَ حَرْبيًّا عقدَ الرّبا أو غيرِه من العُقودِ الفاسدةِ في حُكْمِ الإسلامِ جاز عند أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ - رحمهما الله - وكذلك لو كان أسيرًا في أيديهم أو أسلَمَ في دارِ الحربِ ولم يُهاجرْ إلينا، فعاقَدَ حَرْبيًّا.

وقال أبو يوسفَ: لا يجوزُ للمسلمِ في دارِ الحربِ إلاّ ما يجوزُ له في دارِ الإسلامِ.

وجه قولِه [٢] أنّ حُرْمةَ الرّبا ثابتةٌ في حَقِّ العاقِدينَ، أمّا في حَقِّ المسلم فظاهرٌ، وأمّا في حَقِّ الحربيِّ فلأنّ الكُفّارَ مُخاطَبونَ بالحُرُماتِ قال - تعالى جَلَّ شأنُه -: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء:١٦١] ولهذا حَرُمَ مع الذِّمّيِّ والحربيِّ الذي دخل دارَنا بأمانٍ.

(وجه) قولِهما: أنّ أخْذَ الرّبا في معنى إتلافِ المالِ، وإتلافُ مالِ الحربيِّ مُباحٌ، وهذا لأنّه لا عِصْمةَ لِمالِ الحربيِّ، فكان المسلمُ بسَبيلٍ من أخْذِه إلاّ بطريقِ الغدْرِ والخيانةِ، فإذا رَضيَ به انعَدَمَ معنى الغدْرِ، بخلافِ الذِّمّيِّ والحربيِّ المُسْتأمَنِ؛ لأنّ أموالَهما معصومةٌ على الإتلافِ.

ولو عاقَدَ هذا المسلمُ الذي دخل بأمانٍ مسلمًا [أسلَمَ] [٣] هناك ولم يُهاجرْ إلينا جاز عند أبي حنيفةَ، وعندهما لا يجوزُ ولو كانا أسيرَيْنِ أو دَخَلا بأمانٍ لِلتّجارةِ فتَعاقَدا عقدَ

---

(١) في المخطوط: «أنه».
(٢) في المخطوط: «قول أبي يوسف».
(٣) ليست في المخطوط.

الرّبا أو غيرِه من البياعاتِ الفاسدةِ لا يجوزُ بالاتِّفاقِ.

(وجه) **قولِهما**: أنّ أخْذَ الرّبا من المسلمِ إتلافُ مالٍ معصومٍ من غيرِ رضاه معنًى؛ لأنّ الشّرعَ حَرَّمَ عليه أنْ تَطيبَ نفسُه بذلك بقولِه ﷺ: «مَنْ زَادَ أو [(١)] استَزَادَ فقد أرْبَى» [(٢)] والسّاقِطُ شرْعًا، والعدَمُ حقيقةً سواءٌ فأشبَهَ تعاقُدَ الأسيرَيْنِ والتّاجرَيْنِ.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أنّ أخْذَ الرّبا في معنى إتلافِ المالِ، ومالُ الذي أسلَمَ في دارِ الحربِ، ولم يُهاجِرْ إلينا غيرُ مضمونٍ بالإتلافِ، يَدُلُّ عليه أنّ نفسَه غيرُ مضمونةٍ بالقِصاصِ ولا بالدّيةِ عندنا، وحُرْمةُ المالِ تابِعةٌ لِحُرْمةِ النّفسِ، بخلافِ التّاجرَيْنِ والأسيرَيْنِ، فإنّ مالَهما مضمونٌ بالإتلافِ.

وعلى هذا إذا دخل مسلمٌ دارَ الحربِ بأمانٍ، فأدانَه حَرْبيٌّ أو أدانَ حَرْبيًّا، ثُمّ خرج المسلمُ وخرج الحربيُّ مُسْتأمَنًا، فإنّ القاضيَ لا يَقْضي لِواحدٍ منهما على صاحبِه بالدَّيْنِ.

وكذلك لو غَصَبَ أحدُهما صاحبَه شيئًا لا يَقْضي [عليه] [(٣)] بالغصبِ؛ لأنّ المُدايَنةَ في دارِ الحربِ وقَعَتْ هَدرًا؛ لانعِدامِ وِلايَتنا عليهم وانعِدامِ وِلايَتِهم أيضًا في حَقِّنا، وكذا غَصْبُ كُلِّ واحدٍ منهما صادَفَ مالاً غيرُ مضمونٍ فلم يَنْعقِدْ سببًا لِوُجوبِ الضّمانِ.

وكذلك لو كانا حَرْبيَّيْنِ دايَنَ أحدُهما صاحبَه ثُمّ خَرَجا مُسْتأمَنَيْنِ، ولو خَرَجا مسلمَيْنِ لَقُضيَ [(٤)] بالدَّيْنِ لِثُبوتِ الوِلايةِ، ولا يُقْضى بالغصبِ لِما بيّنّا إلاّ أنّ المسلمَ لو [(٥)] كان هو الغاصِبَ يُفْتَى بأنْ يَرُدّ عليهم ولا يُقْضَى عليه؛ لأنّه صار غادِرًا بهم ناقِضًا عَهْدَهم، فتَلْزَمُه التّوْبةُ، ولا تَتَحقّقُ التّوْبةُ إلاّ برَدِّ المغصوبِ.

وعلى هذا: مسلمانِ دَخَلا دارَ الحربِ بأمانٍ بأنْ كانا تاجرَيْنِ مَثَلاً فقَتَلَ أحدُهما صاحبَه عَمْدًا لا قِصاصَ على القاتلِ لِما بيّنّا، وإنْ كان خَطَأً فعليه الدّيةُ في مالِه، والكفّارةُ؛ لأنّهما

---

(١) في المطبوع: «و».
(٢) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، برقم (١٥٨٧)، وأبو داود، كتاب البيوع، باب: في الصرف، برقم (٣٣٤٩)، والترمذي، برقم (١٢٤٠)، والنسائي، برقم (٤٥٦٠)، وأحمد، برقم (٢٢١٧٥)، والدارمي، برقم (٢٥٧٩)، وابن حبان (١١/ ٣٩٠)، برقم (٥٠١٥)، والدارقطني (٣/ ١٨)، برقم (٥٩)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٢٨٢)، برقم (١٠٢٨٤) من حديث عبادةبن الصامت رضي‌الله عنه.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يقضي».
(٥) في المخطوط: «لما».

من أهلِ دارِ الإسلامِ، وإنّما [٤/ ٣٦ب] دَخَلا دارَ الحربِ لِعارِضِ أمرٍ [١]، إلاّ أنّه يجبُ القِصاصُ لِلشُّبْهةِ، أو لِتَعَذُّرِ الاستيفاءِ على ما بَيَّنّا.

ولو كانا أسيرَيْنِ، أو كان المقتولُ أسيرًا مسلمًا فلا شيءَ على القاتلِ إلاّ الكَفّارةُ في الخطَأِ عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه وعندهما [٢] عليه الكَفّارةُ والدِّيةُ.

(وجه) قولِهما: أنّ الأسيرَيْنِ من أهلِ دارِ الإسلامِ كالمُسْتأمَنين، وإنّما الأسرُ أمرٌ عارِضٌ، ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّ الأسيرَ مقهورٌ في يَدِ أهلِ الحربِ، فصار تابِعًا لهم فبَطَلَ تَقَوُّمُه - واللّه سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وعلى هذا: الحربيُّ إذا أعتَقَ عبدَه الحربيَّ في دارِ الحربِ لا يَنْفُذُ عندهما [٣]، وعند أبي يوسفَ - رحمه الله - يَنْفُذُ وقيلَ لا خلافَ في العِتْقِ أنّه يَنْفُذُ، إنّما الخلافُ في الولاءِ أنّه هل يَثْبُتُ منه؟ عندهما لا يَثْبُتُ وعنده يَثْبُتُ.

(وجه) قولِه: أنّ رُكْنَ الإعتاقِ صَدرَ من أهلِ الإعتاقِ في مَحَلٍّ مملوكٍ للمُعْتَقِ، فيصحُّ كما لو أعتَقَ في دارِ الإسلامِ.

(وجه) قولِهما: أنّ الإعتاقَ في دارِ الحربِ لا يُفيدُ زَوالَ المِلْكِ؛ لأنّ المِلْك في دارِ الحربِ بالقَهْرِ والغلَبةِ حقيقةٌ، فكُلُّ مقهورٍ مملوكٌ، وكُلُّ قاهرٍ مالِكٌ، هذا ديانَتُهم فإنّهم لا يَعْرِفونَ سِوَى القُدْرةِ الحقيقيّةِ، حتّى إنّ العبدَ منهم إذا قَهَرَ مولاه يَصيرُ هو مالِكًا، ومولاه مملوكًا، وهذا لا يُفيدُه الإعتاقُ في دارِ الحربِ، فلا يوجِبُ زَوالَ مِلْكِ المالِكِ، هذا معنى قولِ مَشايِخِنا لأبي حنيفةَ رضي الله عنه مُعْتَقٌ بلِسانِه مُسْتَرَقٌّ بيدِه.

وكذلك لو اشترى قَريبًا [٤] لا يُعْتَقُ عليه؛ لأنّه لا يُعْتَقُ بصَريحِ الإعتاقِ فكيفَ يُعْتَقُ بالشّراءِ وكذلك لو دَبَّرَه أو كاتَبَه في دارِ الحربِ حتّى لو دخل دارَ الإسلامِ، ومعه مُدَبَّرٌ أو مُكاتَبٌ دَبَّرَه أو كاتَبَه في دارِ الحربِ جاز بيعُه؛ لأنّ التّدْبيرَ إعتاقٌ مُضافٌ إلى ما بعدَ الموتِ، والكتابةُ تَعْليقُ العِتْقِ بشرطِ أداءِ بَدَلِ الكتابةِ، ثُمّ لم يَنْفُذْ إعتاقُه المُنْجَزُ، فكذا المُعَلَّقُ والمُضافُ.

---

(١) في المخطوط: «أمن».

(٢) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».

(٣) في المخطوط: «عن أبي حنيفة ومحمد».

(٤) في المخطوط: «قريبه».

ولو استَوْلَدَ أمَتَه في دارِ الحربِ صَحَّ استيلادُه إيّاها، حتّى لو خرج [إلينا] [١] بها إلى دارِ الإسلامِ لا يجوزُ بيعُها؛ لأنّ الاستيلادَ اكتِسابُ ثَباتِ النّسَبِ للولدِ، والحربيُّ من أهلِ ذلك.

ألا تَرَى أنّ أنْسابَ أهلِ الحربِ ثابِتةٌ؟ وإذا ثَبَتَ النّسَبُ صارتْ أُمَّ ولَدٍ له، فخرجتْ عن مَحلّيّةِ البيعِ؛ لِكونِها حُرّةً من وجهٍ قالَ النبي ﷺ: «أعتقَهَا ولَدُهَا» ولو دخل الحربيُّ إلينا بأمانٍ ففعَلَ شيئًا من ذلك نَفَذَ كُلُّه؛ لأنّه لَمّا دخل بأمانٍ فقد لَزِمَه أحكامُ الإسلامِ ما دامَ في دارِ الإسلامِ، ومن أحكامِ الإسلامِ أنْ لا يَملِك المُعْتِقُ أنْ يَسْتَرِقَّ بيدِه ما أعتقَه بلِسانِه.

ولو دَبَّرَ عبدَه في دارِ الإسلامِ [٢]، ثُمّ رجع إلى دارِ الحربِ، وخَلَفَ المُدَبَّرَ، أو خَلَفَ أُمَّ ولَدِه التي استَوْلَدَها في دارِ الإسلامِ، أو في دارِ الحربِ، ثُمّ مات على كُفْرِه أو قُتِلَ أو أُسِرَ يُحْكَمُ بعِتْقِهما.

أمّا إذا مات أو قُتِلَ فظاهرٌ؛ لأنّ أُمَّ الولدِ والمُدَبَّرَ يُعْتَقانِ بموتِ سَيِّدِهما، والمقتولُ مَيِّتٌ بأجَلِه، وإنْ رَغِمَ أنْفُ المُعْتَزِلةِ (وأمّا) إذا أُسِرَ فلأنّه صار مملوكًا فلم يَبْقَ مالِكًا ضرورةً.

وأمّا مُكاتَبُه الذي كاتَبَه في دارِ الإسلامِ، ودخل هو إلى دارِ الحربِ فهو مُكاتَبٌ على حالِه، وبَدَلُ الكتابةِ عليه لِوَرَثَتِه إذا مات.

وكذلك الرُّهونُ والودائعُ والدُّيونُ التي له على النّاس، وما كان لِلنّاس عليه فهي كُلُّها على حالِها إذا مات؛ لأنّه دخل دارَ الإسلامِ بأمانٍ ومعه هذه الأموالُ، فكان حُكْمُ الأمانِ فيها باقيًا.

وكذلك لو ظَهَرَ على الدّارِ فهرب الحربيُّ أو قُتِلَ ولم يَظْهَرْ على الدّارِ، فمِلْكُه على حالِه يَعودُ فيأخذُ، أو يجيءُ ورَثَتُه فيأخذونَه له.

أمّا إذا هَرَبَ ولم يُقْتَلْ ولم يُؤسَرْ فظاهرٌ، وأمّا إذا قُتِلَ ولم يَظْهَرْ، فلأنّ مالَه صار ميراثًا لِوَرَثَتِه، فيجيئونَ فيأخذونَه، والمُكاتَبُ على حالِه يُؤَدّي إلى ورَثَتِه فيُعْتَقُ، فأمّا إذا ظَهَرَ وأُسِرَ، أو أُسِرَ ولم يَظْهَرْ، أو ظَهَرَ وقُتِلَ يُعْتَق مُكاتَبُه.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الحرب».

أمّا إذا ظَهَرَ وأُسِرَ، [أو أُسِرَ] (١) ولم يَظْهَرْ فظاهرٌ؛ لأنّه مِلْكٌ بالأسرِ وكذا إذا ظَهَرَ وقُتِلَ؛ لأنّ القَتْلَ بعدَ الظُّهورِ قَتْلٌ بعدَ الأسرِ، ويَبْطُلُ ما كان له من الدَّيْنِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّه بالأسرِ صار مملوكًا فلم يَبْقَ مالِكًا، فسَقَطَتْ دُيونُه ضرورةً، ولا يَصيرُ مالِكًا للأسرِ؛ لأنّ الدَّيْنَ في الذِّمّةِ، وما في الذِّمّةِ لا يُعْمَلُ عليه الأسرُ.

وكذلك ما عليه من الدُّيونِ يَسْقُطُ أيضًا؛ لأنّه لو بَقِيَ لَتَعَلَّقَ برَقَبَتِه فلا يخلُصُ السَّبْيُ لِلسّابي [٤/ ٣٧أ].

وأمّا ودائعُه فهي (فيء لجماعةِ) (٢) المسلمينَ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ - رحمه الله - أنّها تكونُ فيْئًا للمودَعِ.

(ووجهُه): أنّ يَدَه عن يَدِ الغانِمينَ أسبَقُ، والمُباحُ مُباحٌ لِمَنْ سَبَقَ على لِسانِ رسولِ اللّه ﷺ.

وجه ظاهرِ الرّوايةِ: أنّ يَدَ المودَعِ يَدُه تقديرًا، فكان الاستيلاءُ عليه بالأسرِ استيلاءً على ما في يَدِه تقديرًا، ولا يختَصُّ به الغانِمونَ؛ لأنّه مالٌ لم يُؤخَذْ على سَبيلِ القَهْرِ والغلَبةِ حقيقةً، فكان فيْئًا حقيقةً لا غَنيمةً، فيوضَعُ موضِعَ الفيْءِ وأمّا الرَّهْنُ فعند أبي يوسفَ يكونُ للمُرْتَهِنِ بدَيْنِه، والزّيادةُ له.

وعند محمّدٍ - رحمه الله - يُباعُ فيَسْتَوْفي قدرَ دَيْنِه، والزّيادةُ في جماعةِ المسلمينَ واللّهُ - تعالى - أعلمُ.

فصل [في أحكام المرتدين]

وأمّا بيانُ أحكامِ المُرْتَدّينَ فالكَلامُ فيه في مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ الرّدّةِ.

وفي بيانِ شرائطِ صِحّةِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ حُكْمِ الرّدّةِ.

أمّا رُكْنُها: فهو إجراءُ كلِمةِ الكُفْرِ على اللِّسانِ بعدَ وُجودِ الإيمانِ، إذِ الرّدّةُ عِبارةٌ عن

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المطبوع: «في جماعة».

الرُّجوعِ عن الإيمانِ، فالرُّجوعُ عن الإيمانِ يُسَمَّى رِدّةً في عُرْفِ الشّرعِ.

وَأمّا شرائطُ صِحَّتِها فأنواعٌ:

منها: العقلُ، فلا تَصِحُّ رِدّةُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛ لأنّ العقلَ من شرائطِ الأهليّةِ خُصوصًا في الاعتِقاداتِ.

ولو كان الرّجلُ مِمَّنْ يُجَنُّ ويُفيقُ فإنِ ارتَدَّ في حالِ جُنونِه لم يصحَّ، وإنِ ارتَدَّ في حالِ إفاقَتِه صَحَّتْ؛ لِوُجودِ دليلِ الرُّجوعِ في إحدى الحالَتَيْنِ دونَ الأُخرى، وكذلك السَّكْرانُ الذّاهبُ العقلِ لا تَصِحُّ رِدَّتُه استحسانًا، والقياسُ أنْ تَصِحَّ في حَقِّ الأحكامِ.

(وجه) القياس: أنّ الأحكامَ مَبنيّةٌ على الإقرارِ بظاهرِ اللِّسانِ لا على ما في القَلْبِ، إذْ هو أمرٌ باطِنٌ لا يوقَفُ[1] عليه.

(وجه) الاستحسانِ: أنّ أحكامَ الكُفْرِ مَبنيّةٌ على الكُفْرِ، كما أنّ أحكامَ الإيمانِ مَبنيّةٌ على الإيمانِ، والإيمانُ والكُفْرُ يرجعانِ إلى التّصْديقِ والتّكْذيبِ، وإنّما الإقرارُ دليلٌ عليهما، وإقرارُ السَّكْرانِ الذّاهبِ العقلِ لا يَصْلُحُ دَلالةً على التّكْذيبِ، فلا يصحُّ إقرارُه.

وأمّا البلوغُ فهل هو شرطٌ اختُلِفَ فيه؟ قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ رضي الله عنهما: ليس بشرطٍ فتَصِحُّ رِدّةُ الصّبيِّ العاقِلِ.

وقال أبو يوسف - رحمه الله: شرطٌ حتّى لا تَصِحُّ رِدَّتُه.

(وجه) قوله: أنّ عَقْلَ الصّبيِّ في التّصرُّفاتِ الضّارّةِ المَحْضةِ مُلْحَقٌ[2] بالعدَمِ؛ ولهذا لم يصحَّ طَلاقُه وإعتاقُه وتَبَرُّعاتُه، والرّدّةُ مَضرّةٌ مَحْضةٌ فأمّا الإيمانُ فيَقَعُ [مَحْضًا][3]؛ لِذلك صَحَّ إيمانُه ولم تَصِحَّ رِدَّتُه.

(وجه) قولِهما أنّه صَحَّ إيمانُه فتَصِحُّ رِدَّتُه، وهذا لأنّ صِحّةَ الإيمانِ والرّدّةِ مَبنيّةٌ على وُجودِ الإيمانِ والرّدّةِ حقيقةً؛ لأنّ الإيمانَ والكُفْرَ من الأفعالِ الحقيقيّةِ، وهما أفعالُ جارحة[4] القَلْبِ بمنزلةِ أفعالِ سائرِ الجوارحِ، والإقرارُ الصّادِرُ عن عَقْلٍ دليلُ وُجودِهما، وقد وُجِدَ هاهنا إلاّ أنّهما مع وُجودِهما منه حقيقةً لا يُقْتَلُ، ولكنْ يُحْبَسُ لِما

---

(١) في المخطوط: «يقف».

(٢) في المخطوط: «ملحقة».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المطبوع: «خارجة».

نذكرُ إنْ شاء - اللّه تعالى - .

والقَتْلُ ليس من لَوازِمِ الرّدّةِ عندنا فإنّ المُرْتَدّةَ لا تُقْتَلُ بلا خلافٍ بينَ أصحابِنا، والرّدّةُ موجودةٌ وأمّا الذُّكورةُ فليستْ بشرطٍ فتَصِحُّ رِدّةُ المرأةِ عندنا؛ لكنّها لا تُقْتَلُ بل تُجْبَرُ على الإسلامِ، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - تُقْتَلُ؛ وسَتأتي المسألةُ في موضِعِها إنْ شاء اللّه تعالى.

ومنها: الطَّوْعُ، فلا تَصِحُّ رِدّةُ المُكْرَه على الرّدّةِ استحسانًا إذا كان قَلْبُه مُطْمَئِنًا بالإيمانِ، والقياسُ أنْ تَصِحَّ في (أحكامِ الدُّنْيا وسَنذكرُ) [1] وجهَ القياس والاستحسانِ في كتابِ الإكْراه إنْ شاء - اللّه تعالى والله اعلم.

وَأمّا حُكْمُ الرّدّةِ فنقولُ - وباللّه تعالى التّوْفيقُ: إنّ لِلرّدّةِ أحكامًا كثيرةً.

بعضُها يرجعُ إلى نفسِ المُرْتَدِّ.

وبعضُها يرجعُ إلى مِلْكِه.

وبعضُها يرجعُ إلى تَصرُّفاتِه.

وبعضُها يرجعُ إلى ولَدِه.

أمّا الذي يرجعُ إلى نفسِه فأنواعٌ:

منها: إباحةُ دَمِه إذا كان رجلًا حُرًّا كان أو عبدًا؛ لِسُقوطِ عِصْمَتِه بالرّدّةِ.

قَالَ النّبِيُّ ﷺ: «مَنْ بَدّلَ دِينَه فاقْتُلوه» [2]، وكذا العرَبُ لَمّا ارتَدّتْ بعدَ وفاةِ رسولِ اللّه ﷺ أجمعتِ الصّحابةُ رضي الله عنهم على قَتْلِهم.

---

(١) في المخطوط: «حق الأحكام وقد ذكرنا».

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب‌الله، برقم (٣٠١٧)، [وطرفه: ٦٩٢٢]، وأبو داود، كتاب الحدود، باب: الحكم فيمن ارتد، برقم (٤٣٥١)، والترمذي، برقم (١٤٥٨)، والنسائي، برقم (٤٠٥٩)، وابن ماجه، برقم (٢٥٣٥)، وأحمد، برقم (١٨٧٤)، وابن حبان (١٠/ ٣٢٧)، برقم (٤٤٧٥)، والحاكم في المستدرك (٣/ ٦٢٠)، برقم (٦٢٩٥)، والدارقطني (٣/ ١٠٨)، برقم (٩٠)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ١٩٥)، والطبراني في الكبير (١٠/ ٢٧٢)، برقم (١٠٦٣٨)، والحميدي في مسنده (١/ ٢٤٤)، برقم (٥٣٣)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٣٥٠)، برقم (٢٦٨٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٦٣)، برقم (٢٨٩٩٢) من حديث ابن عباس رضي‌الله عنهما.

ومنها: أنّه يُستَحَبُّ أنْ يُسْتَتابَ ويُعْرَضَ عليه الإسلامُ لاحتمالِ أنْ يُسْلِمَ، لكنْ لا يجبُ؛ لأنّ الدَّعْوةَ قد بَلَغَتْه فإنْ أسلَمَ فمرحَبًا وأهلاً بالإسلامِ، وإنْ أبى نَظَرَ الإمامُ في ذلك فإنْ طَمِعَ في تَوْبَتِه، أو سَألَ هو التّأجيلَ، أجَّلَه ثلاثةَ أيّامٍ وإنْ لم يَطْمع في تَوْبَتِه ولم يَسْأل هو التّأجيلَ، قَتَلَه من ساعَتِه.

والأصلُ فيه ما رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قَدِمَ عليه رجلٌ [٤/ ٣٧ب] من جَيْشِ المسلمينَ، فقال: هل عندك [1] من مُغْرِبةِ خَبَرٍ؟ قال: نَعَمْ، رجلٌ كفَرَ باللّه تعالى بعدَ إسلامِه فقال سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه: ماذا فعَلْتُمْ به قال: قَرَّبناه فضرَبنا عُنُقَه فقال سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه: هَلاّ طَيَّنْتُمْ عليه بيتًا ثلاثًا، وأطْعَمْتُموه كُلَّ يومٍ رَغيفًا، واستَتَبْتُموه لَعَلَّه يَتوبُ ويرجعُ إلى [أمر] [2] اللّه - سبحانه وتعالى - اللّهمَّ إنّي لم أحضُرْ، ولم آمُرْ، ولم أرضَ إذْ بَلَغَني [3].

وهَكذا رويَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ - كرَّمَ اللّه وجهَه - أنّه قال: يُسْتَتابُ المُرْتَدُّ ثلاثًا [4]، وتَلا هذه الآيةَ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ٱزْدَادُواْ كُفْرًا﴾ [النساء:١٣٧] ولأنّ من الجائزِ أنّه عَرَضَتْ [5] له شُبْهةٌ حَمَلَتْه على الرِّدّةِ، فيُؤَجَّلُ ثلاثًا لَعَلَّها تَنْكَشِفُ في هذه المُدّةِ، فكانت الاستِتابةُ ثلاثًا وسيلةً إلى الإسلامِ - عَسَى - فندبَ إليها فإنْ قَتَلَه إنسانٌ قبلَ الاستِتابةِ يُكْرَه له ذلك، ولا شيءَ عليه لِزَوالِ عِصْمَتِه بالرِّدّةِ، وتَوْبَتِه أنْ يأتيَ بالشَّهادَتَيْنِ، ويَبْرأ [6] عن الدِّيْنِ الذي انتَقَلَ إليه، فإنْ تابَ ثُمّ ارتَدَّ ثانيًا فحُكْمُه في المَرّةِ الثّانيةِ كحُكْمِه في المَرّةِ الأولى أنّه إنْ تابَ في المَرّةِ الثّانيةِ قُبِلَتْ تَوْبَتُه، وكذا في المَرّةِ الثّالثةِ والرّابعةِ؛ لِوُجودِ الإيمانِ ظاهرًا في كُلِّ كرّةٍ؛ لِوُجودِ رُكْنِه [7]، وهو إقرارُ العاقِلِ وقال اللّه - تبارَكَ وتعالى -: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ﴾ [النساء:١٣٧]

---

(١) في المخطوط: «عندكم». (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) أخرجه مالك، كتاب الأقضية، باب: القضاء فيمن ارتد عن الإسلام، برقم (١٤٤٥)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٠٦)، والشافعي في مسنده (١/ ٣٢١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٤٤١)، برقم (٣٢٧٥٤) من قول عمربن الخطاب رضي‌الله عنه.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٢٠٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٦٢)، برقم (٢٨٩٨٦) من قول علي‌بن أبي طالب رضي‌الله عنه.

(٥) في المخطوط: «اعترضت». (٦) في المخطوط: «يتبرأ».

(٧) في المخطوط: «دليله».

فقد أثبَتَ - سبحانه وتعالى - الإيمانَ [له] (١) بعدَ وُجودِ الرِّدّةِ منه، والإيمانُ بعدَ (وُجودِ الرِّدّةِ) (٢) لا يحتملُ الرَّدَّ، إلاّ أنّه إذا تابَ في المَرّةِ الرّابعةِ يَضْرِبُه الإمامُ ويُخَلّي سَبيلَه.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه إذا تابَ في المَرّةِ الثّالثةِ حَبَسَه الإمامُ ولم يُخْرِجْه من السِّجْنِ حتّى يَرَى عليه [أثَرَ] (٣) خُشوعِ التَّوْبةِ والإخْلاصِ.

وأمّا المرأةُ فلا يُباحُ دَمُها إذا ارتَدَّتْ، ولا تُقْتَلُ عندنا، ولكنّها تُجْبَرُ على الإسلامِ، وإجبارُها على الإسلامِ أنْ تُحْبَسَ وتخرُجَ في كُلِّ يومٍ فتُسْتَتابُ ويُعْرَضُ عليها الإسلامُ، فإنْ أسلَمَتْ وإلاّ حُبِسَتْ ثانيًا، هَكذا إلى أنْ تُسْلِمَ أو تَموتَ.

وذكر الكَرْخيُّ - رحمه الله - وزادَ عليه - تُضْرَبُ أسواطًا في كُلِّ مَرّةٍ تخرج تَعْزيرًا لها على ما فعَلَتْ.

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - تُقْتَلُ لِعُمومِ قولِه ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَه فاقْتُلُوه» ولأنّ عِلّةَ إباحةِ الدَّمِ هو الكُفْرُ بعدَ الإيمانِ، ولهذا قُتِلَ الرّجلُ وقد وُجِدَ منها ذلك، بخلافِ الحربيّةِ وهذا لأنّ الكُفْرَ بعدَ الإيمانِ أغْلَظُ من الكُفرِ الأصليِّ؛ لأنّ هذا رُجوعٌ بعدَ القَبولِ والوُقوفِ على مَحاسنِ الإسلامِ وحُجَجِه، وذلك امتناعٌ من القَبولِ بعدَ التّمَكُّنِ من الوُقوفِ دونَ حقيقةِ الوُقوفِ، فلا يَسْتَقيمُ الاستِدْلال (٤).

(ولَنا) ما رُوِيَ عن رَسُولِ اللّه ﷺ أنّه قَالَ: «لَا تَقتُلُوا امرأةً ولَا ولَيدًا» ولأنّ القَتْلَ إنّما شُرِعَ وسيلةً إلى الإسلامِ بالدَّعْوةِ إليه بأعلى الطَّريقَيْنِ عند وُقوعِ اليأسِ عن إجابَتِها بأدْناهما، وهو دعوةُ اللِّسانِ بالاستِتابةِ، بإظهارِ مَحاسنِ الإسلامِ والنِّساءُ أتْباعُ الرّجالِ في إجابةِ هذه الدَّعْوةِ في العادةِ، فإنّهنّ في العاداتِ الجاريةِ يُسْلِمْنَ بإسلامِ أزْواجِهنّ على ما رويَ أنّ رجلاً أسلَمَ وكانت تحته خمسُ نِسْوةٍ فأسلمنَ معه.

وإذا كان كذلك فلا يَقَعُ شرْعُ القَتْلِ في حَقِّها وسيلةً إلى الإسلامِ، فلا يُفيدُ ولهذا لم تُقْتَلِ الحربيّةُ بخلافِ الرّجلِ فإنّ الرّجلَ لا يَتْبَعُ رأيَ غيرِه، خُصوصًا في أمرِ الدّينِ بل يَتْبَعُ رأيَ نفسِه، فكان رَجاءُ الإسلامِ منه ثابِتًا، فكان شرْعُ القَتْلِ مُفيدًا، فهو الفرْقُ.

والحديثُ مَحْمولٌ على الذُّكورِ عملاً بالدّلائلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وجوده».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الاستبدال».

وكذلك الأمةُ إذا ارتَدَّتْ لا تُقْتَلُ عندنا، وتُجْبَرُ على الإسلامِ، ولكنْ يُجْبِرُها مولاها إنِ احتاجَ إلى خِدْمَتِها، ويحبِسُها في بيتِه؛ لأنّ مِلْك المولى فيها بعدَ الرّدّةِ قائمٌ، وهي مجبورةٌ على الإسلامِ شرْعًا فكان الرَّفْعُ [(١)] إلى المولى رِعايةً للحَقَّيْنِ، ولا يَطَؤُها؛ لأنّ المُرْتَدّةَ لا تَحِلُّ لأحدٍ.

وكذلك الصّبيُّ العاقِلُ لا يُقْتَلُ، وإنْ صَحَّتْ رِدَّتُه عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رضي الله عنهما؛ لأنّ قَتْلَ البالِغِ [بعدَ الاستِتابةِ] [(٢)] والدَّعْوةِ إلى الإسلام باللِّسانِ وإظهارِ حُجَجِه وإيضاح دَلائلِه لِظُهورِ العِنادِ ووُقوعِ اليأسِ عن فلاحه، وهذا لا يتحقَّقُ من الصّبيِّ، فكان الإسلامُ منه مرجوًّا والرُّجوعُ إلى الدِّينِ [الحقِّ] [(٣)] منه مَأمولاً، فلا يُقْتَلُ ولكنْ يُجْبَرُ على الإسلامِ بالحبْسِ؛ لأنّ الحبْسَ يَكْفيه وسيلةً إلى الإسلامِ.

وعلى هذا: صَبيٌّ أبَواه مسلمانِ حتّى حُكِمَ بإسلامِه تَبَعًا لأبَوَيْه، فبَلَغَ كافِرًا ولم يُسْمع منه إقرارٌ باللِّسانِ بعدَ البلوغِ لا يُقْتَلُ؛ لانعِدامِ الرّدّةِ منه إذْ هي اسمٌ [٣/ ٣٨أ] لِلتَّكْذيبِ بعدَ سابِقةِ التّصْديقِ، ولم يوجدْ منه التّصْديقُ بعدَ البلوغِ أصلاً لانعِدامِ دليلِه وهو الإقرارُ، حتّى لو أقَرَّ بالإسلامِ ثُمّ ارتَدَّ يُقْتَلُ لِوُجودِ الرّدّةِ منه بوُجودِ دليلِها وهو الإقرارُ، فلم يكنِ الموجودُ منه رِدّةً حقيقةً فلا يُقْتَلُ، ولكنّه يُحْبَسُ؛ لأنّه كان له حُكْمُ الإسلامِ قبل البلوغِ.

ألا تَرَى أنّه حُكِمَ بإسلامِه بطريقِ التّبَعيّةِ؟ والحُكْمُ في إكْسابِه كالحُكْمِ في إكْسابِ المُرْتَدِّ؛ لأنّه مُرْتَدٌّ حُكْمًا وسَنذكرُ الكَلامَ في إكْسابِ المُرْتَدِّ في موضِعِه إنْ شاء - اللّه تعالى.

ومنها: (حُرْمةُ الاستِرْقاقِ فإنّ المُرْتَدَّ) [(٤)] لا يُسْتَرقُّ، وإنْ لَحِقَ بدارِ الحربِ؛ لأنّه لم يُشْرَعْ فيه إلاّ الإسلامُ أو السَّيْفُ؛ لِقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح :١٦] وكذا الصّحابةُ رضي الله عنهم أجمَعوا عليه في زَمَنِ سَيِّدِنا أبي بَكْرٍ رضي الله عنه ولأنّ استِرْقاقَ الكافِرِ لِلتَّوَسُّلِ إلى الإسلامِ، واستِرْقاقُه لا يَقَعُ وسيلةً إلى الإسلامِ على ما مَرَّ من قبلُ، ولهذا لم يجُزْ إبقاؤه على الحُرّيّةِ [(٥)]، بخلافِ المُرْتَدّةِ إذا لَحِقَتْ بدارِ

---

(١) في المخطوط: «الدفع».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «أن المرتد».
(٥) في المخطوط: «الجزية».

الحربِ، أنّها تُسْتَرَقُّ؛ لأنّه لم يُشْرَعْ قَتْلُها، ولا يجوزُ إبقاءُ الكافِرِ على الكُفْرِ إلاّ مع الجِزْيةِ أو مع الرّقِّ، ولا جِزْيةَ على النِّسْوانِ، فكان إبقاؤُها على الكُفْرِ مع الرّقِّ أنْفعَ للمسلمينَ من إبقائها من غيرِ شيءٍ وكذا الصّحابةُ رضي الله عنهم استَرَقّوا نِساءَ مَنِ ارتَدَّ من العرَبِ وصِبْيانَهم حتّى قيلَ: إنّ أُمَّ محمّدِ ابنِ الحنَفيّةِ، وهي خَوْلةُ بنتُ إياسٍ كانت من سَبْيِ بَني حنيفةَ.

ومنها: حُرْمةُ أخْذِ الجِزْيةِ، فلا تُؤخَذُ الجِزْيةُ من المُرْتَدِّ لِما ذَكَرْنا.

ومنها: أنّ العاقِلةَ لا تَعْقِلُ جنايته لِما ذَكَرْنا من قبلُ أنّ موجِبَ الجنايةِ على الجاني، وإنّما العاقِلةُ تَتَحَمَّلُ عنه بطريقِ التّعاوُنِ، والمُرْتَدُّ لا يُعاوَنُ.

ومنها: الفُرْقةُ إذا ارتَدَّ أحدُ الزَّوْجَيْنِ، ثُمّ إنْ كانت الرّدّةُ من المرأةِ كانت فُرْقةً بغيرِ طَلاقٍ بالاتّفاقِ، وإنْ كانت من الرّجلِ ففيه خلافٌ مذكورٌ في كتابِ النّكاح، ولا تَرْتَفِعُ هذه الفُرْقةُ بالإسلامِ ولو ارتَدَّ الزَّوْجانِ مَعًا، أو أسلَما مَعًا، فهما على نِكاحهما عندنا وعند زُفَرَ - رحمه الله - فسَدَ النِّكاحُ، ولو أسلَمَ أحدُهما قبل الآخرِ فسَدَ النِّكاحُ بالإجماعِ، وهي من مَسائلِ كتابِ النّكاح.

ومنها: أنّه لا يجوزُ إنْكاحُه [لما ذكرنا] (١)؛ لأنّه لا وِلايةَ له.

ومنها: حُرْمةُ ذَبيحَتِه؛ لأنّه لا مِلّةَ له لِما ذَكَرْنا (٢).

ومنها: أنّه لا يَرِثُ من أحدٍ لانعِدامِ المِلّةِ والوِلايةِ.

ومنها: أنّه تُحْبَطُ أعمالُه لكنْ بنفسِ الرّدّة عندنا، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - بشريطةِ الموتِ عليها، وهي مسألةُ كتابِ الصّلاةِ.

ومنها: أنّه لا يجبُ عليه شيءٌ من العِباداتِ عندنا؛ لأنّ الكُفّارَ غيرُ مُخاطَبينَ بشرائعَ هي عِباداتٌ عندنا.

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - يجبُ عليه وهي من مَسائلِ أُصولِ الفِقْه.

وأمّا الذي يرجعُ إلى مالِه: فثلاثةُ أنواعٍ:

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) تقدمت هذه الفقرة في المخطوط عن السابقة لها.

حُكْمُ المِلْكِ وحُكْمُ الميراثِ، وحُكْمُ الدَّيْنِ.

أمّا الأوّل فنقول: لا خلافَ في أنّه إذا أسلَمَ تكونُ أموالُه على حُكْمِ مِلْكِه ولا خلافَ أيضًا في أنّه إذا مات أو قُتِلَ أو لَحِقَ بدارِ الحربِ تَزولُ أموالُه عن مِلْكِه واختُلِفَ في أنّه تَزولُ بهذه الأسبابِ مقصورًا على الحالِ، أم بالرِّدّةِ من حينِ وُجودِها على التَّوَقُّفِ؟ فعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - مِلْكُ المُرْتَدِّ لا يَزولُ عن مالِه بالرِّدّةِ، وإنّما يَزولُ بالموتِ أو القَتْلِ أو باللَّحاقِ بدارِ الحربِ.

وعند أبي حنيفةَ رضي الله عنه المِلْكُ في أموالِه موقوفٌ على ما يَظْهَرُ من حالِه.

وعلى هذا الأصلِ بُنيَ [١] حُكْمُ تَصَرُّفاتِ المُرْتَدِّ أنّها جائزةٌ عندهما كما تجوزُ من المسلم، حتّى لو أعتَقَ أو دَبَّرَ أو كاتَبَ أو باع أو اشترى أو وهَبَ نَفَذَ ذلك كُلُّه، وعُقْدةُ [٢] تَصَرُّفاتِه موقوفةٌ لِوُقوفِ أملاكِه، فإنْ أسلَمَ جاز كُلُّه، وإنْ مات أو قُتِلَ أو لَحِقَ [بدارِ الحربِ] [٣] بَطَلَ كُلُّه.

(وجه) قولِهما أنّ المِلْك كان ثابتًا له حالةَ الإسلامِ لِوُجودِ سببِ المِلْكِ وأهليَّتِه وهي الحُرِّيّةُ والرِّدّةُ لا تُؤَثِّرُ في شيءٍ من ذلك ثُمّ اختلَفا فيما بينَهما في كيْفيّةِ الجوازِ، فقال أبو يوسفَ - رحمه الله: جوازُها جوازُ تَصَرُّفِ الصّحيحِ.

وقال محمّد - رحمه الله: جوازُ تَصَرُّفاتِ [٤] المَريضِ مَرَضَ الموتِ.

(وجه) قولِ محمّدٍ رحمه الله: أنّ المُرْتَدَّ على شرَفِ التّلَفِ؛ لأنّه يُقْتَلُ، فأشبَهَ المَريضَ مَرَضَ الموتِ.

وجه قولِ أبي يوسفَ: أنّ اختيارَ الإسلامِ بيدِه، فيُمْكِنُه الرُّجوعُ إلى الإسلامِ فيخلُصُ عن القَتْلِ، والمَريضُ لا يُمْكِنُه دَفْعُ المَرَضِ عن نفسِه، فأنّى يتشابَهانِ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّه وجَدَ سببَ زَوالِ المِلْكِ وهو الرِّدّةُ؛ لأنّها سببٌ لِوُجوبِ القَتْلِ، والقَتْلُ سببٌ لِحُصولِ الموتِ، فكان زَوالُ المِلْكِ عند الموتِ مُضافًا إلى السَّبَبِ [٤/ ٣٨ب] السّابِقِ، وهو الرِّدّةُ، ولا يُمْكِنُه اللَّحاقُ بدارِ الحربِ بأموالِه؛ لأنّه لا يُمَكَّنُ من ذلك بل يُقْتَلُ، فيَبْقَى مالُه فاضِلًا عن حاجَتِه، فكان يَنْبَغي أنْ يُحْكَمَ بزَوالِ مِلْكِه

---

(١) في المخطوط: «يبني».
(٢) في المخطوط: «عنده».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «تصرف».

للحالِ، إلاّ أنّا تَوَقَّفْنا فيه لاحتمالِ العوْدِ إلى الإسلام؛ لأنّه إذا عادَ تَرْتَفِعُ الرّدّةُ من الأصلِ، ويُجْعَلُ كأنْ لم يكنْ، فكان التّوَقُّفُ في الزَّوالِ للحالِ لاشْتِباه العاقِبةِ، فإنْ أسلَمَ تَبيَّنَ أنّ الرّدّةَ لم تكُنْ سببًا لِزَوالِ المِلْكِ لارتِفاعِها من الأصلِ، فتَبَيَّنَ أنّ تَصرُّفَه صادَفَ مَحَلَّه فيصحُّ، وإنْ قُتِلَ أو مات أو لَحِقَ بدارِ الحربِ تَبيَّنَ [١] أنّها وقَعتْ سببًا لِلزَّوالِ من حينِ وُجودِها، فتَبيَّنَ [٢] أنّ المِلْك كان زائلاً من حينِ وُجودِ الرّدّةِ؛ لأنّ الحُكْمَ لا يتخَلَّفُ عن سببِه، فلم يُصادِفِ التّصرُّفُ مَحَلَّه فبَطَلَ، فأمّا قبل ذلك كان مِلْكُه موقوفًا فكانت تَصرُّفاته المَبنيّةُ عليه موقوفةً ضرورةً وأجمَعوا على أنّه يصحُّ استيلادُه حتّى إنّه لو استَوْلَدَ أمَتَه فادَّعَى ولَدَها، أنّه يَثْبُتُ النّسَبُ، وتَصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له.

أمّا عندهما فلأنّ المَحَلَّ مملوكٌ له مِلْكًا تامًّا، وأمّا عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - فلأنّ المِلْك الموقوفَ لا يكونُ أدْنَى حالاً من حَقِّ المِلْكِ، ثُمّ حَقُّ المِلْكِ يَكْفي لِصِحّةِ الاستيلادِ، فهذا أولى.

وأجمَعوا على أنّه يصحُّ طَلاقُه، وتسليمُه الشُّفْعةَ؛ لأنّ الرّدّةَ لا تُؤَثِّرُ في مِلْكِ النّكاح، والثّابتُ لِلشّفيعِ حَقٌّ لا يحتملُ الإرْثَ، ومُعاوَضَتُه موقوفةٌ بالإجماعِ؛ لأنّها مَبنيّةٌ على المُساواةِ.

(وأمّا) المُرْتَدّةُ فلا يَزولُ مِلْكُها عن أموالِها بلا خلافٍ، فتجوزُ تَصرُّفاتُها في مالِها بالإجماعِ؛ لأنّها لا تُقْتَلُ، فلم تَكُنْ رِدَّتُها سببًا لِزَوالِ مِلْكِها، وإذا عُرِفَ [٣] حُكْمُ [مِلْكِ] [٤] المُرْتَدِّ وحالُ تَصرُّفاتِه المَبنيّةِ عليه، فحالُ المُرْتَدِّ لا يخلو من أنْ يُسْلِمَ، أو يَموتَ، أو يُقْتَلَ، أو يَلْحَقَ بدارِ الحربِ فإنْ أسلَمَ فقد عادَ على حُكْمِ مِلْكِه القَديمِ؛ لأنّ الرّدّةَ ارتَفَعتْ من الأصلِ حُكْمًا، وجُعِلَتْ كأنْ لم تكُنْ أصلاً، وإنْ ماتَ أو قُتِلَ صارَ مالُه لِوَرَثَتِه، وعَتَقَ أُمّهاتُ أولادِه ومُدَبَّروه ومُكاتَبوه [٥] إذا أدَّى إلى ورثَتِه، وتَحِلُّ الدُّيونُ التي عليه وتُقْضَى عنه؛ لأنّ هذه أحكامُ الموتِ، وكذلك إذا لَحِقَ بدارِ الحربِ مُرْتَدًّا، وقضى القاضي بلَحاقِه؛ لأنّ اللّحاقَ بدارِ الحربِ بمنزلةِ الموتِ في حَقِّ زَوالِ مِلْكِه عن أموالِه المَتروكةِ في دارِ الإسلام؛ لأنّ زَوالَ المِلْكِ عن المالِ بالموتِ حقيقةٌ لِكونِه مالاً فاضِلاً

(١) في المخطوط: «يتبين».
(٢) في المخطوط: «فيتبين».
(٣) في المخطوط: «عرفت».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «مكاتبه».

عن حاجَتِه لانتِهاءِ حاجَتِه بالموتِ وعَجْزِه عن الانتِفاعِ به، وقد وُجِدَ هذا المعنى في اللَّحاقِ؛ لأنّ المالَ الذي في دارِ الإسلامِ خرج من أنْ يكونَ مُنْتَفَعًا به في حَقِّه، لِعَجْزِه عن الانتِفاعِ به، فكان في [١] حُكْمِ المالِ الفاضِلِ عن حاجَتِه لِعَجْزِه عن قضاءِ حاجَتِه به، فكان اللَّحاقُ بمنزلةِ الموتِ (في كونِه) [٢] مُزيلًا للمِلْكِ، فإذا قضى القاضي باللَّحاقِ، يُحْكَمُ بعِتْقِ أُمَّهاتِ أولادِه ومُدَبَّريه، ويُقْسَمُ مالُه بينَ ورَثَتِه، وتَحِلُّ دُيونُه المُؤَجَّلةُ؛ لأنّ هذه أحكامٌ مُتَعَلِّقةٌ بالموتِ، وقد وُجِدَ معنًى.

وأمّا المُكاتَبُ فيُؤَدّي إلى ورَثَتِه فيُعْتَقُ، وإذا عَتَقَ فوَلاؤُه للمُرْتَدِّ؛ لأنّه المُعْتِقُ.

ولو لَحِقَ بدارِ الحربِ ثُمّ عادَ إلى دارِ الإسلامِ مسلمًا فهذا لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنْ يَعودَ قبل قضاءِ القاضي بلَحاقِه بدارِ الحربِ.

والثاني: أنْ يَعودَ بعدَ ذلك.

فإنْ عادَ قبل أنْ يَقْضيَ القاضي بلَحاقِه عادَ على حُكْمِ أملاكِه في المُدَبَّرينَ وأُمَّهاتِ الأولادِ وغيرِ ذلك؛ لِما ذَكَرْنا أنّ هذه الأحكامَ مُتَعَلِّقةٌ بالموتِ، واللُّحوقُ بدارِ الحربِ ليس بموتٍ حقيقةً لكنّه يَلْحَقُ بالموتِ إذا اتَّصَلَ به قضاءُ القاضي باللَّحاقِ، [فإذا لم يَتَّصِلْ به لم يَلْحَقْ، فإذا عادَ يَعودُ على حُكْمِ مِلْكِه، وإنْ عادَ بعدَما قضى القاضي باللَّحاقِ] [٣] فما وُجِدَ من مالِه في يَدِ ورَثَتِه بحالِه فهو أحَقُّ به؛ لأنّ ولَدَه جُعِلَ خَلَفًا له في مالِه، فكان تَصَرُّفُه [في مالِه] [٤] بطريقِ الخلافةِ له (كأنّه وكيلُه) [٥]، فلَه أنْ يأخذَ ما وجَدَه قائمًا على حالِه، وما زالَ مِلْكُ الوارثِ عنه بالبيعِ، أو بالعِتْقِ، فلا رُجوعَ فيه لأنّ تَصَرُّفَ الخلَفِ كتَصَرُّفِ الأصلِ، بمنزلةِ تَصَرُّفِ الوكيلِ.

وأمّا ما أعتَقَ الحاكِمُ من أُمَّهاتِ أولادِه ومُدَبَّريه فلا سَبيلَ عليهم، لأنّ الإعتاقَ مِمّا لا يحتملُ الفسخَ، وكذا المُكاتَبُ إذا كان أدّى المالَ إلى الورَثةِ، [لا سَبيلَ عليه أيضًا؛ لأنّ المُكاتَبَ عَتَقَ بأداءِ المالِ، والعِتْقُ لا يحتملُ الفسخَ، وما أُدّيَ إلى الورَثةِ] [٦] إنْ كان قائمًا أُخِذَ وإنْ زالَ مِلْكُهم عنه لا يجبُ عليهم ضمانُه كسائرِ أموالِه لِما بَيَّنّا، وإنْ كان لم

---

(١) في المخطوط: «له».
(٢) في المخطوط: «لكونه».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فكأنه وكله».
(٦) ليست في المخطوط.

يُؤَدِّ بَدَلَ الكتابةِ بعدُ، يُؤخَذُ بَدَلُ الكتابةِ، وإنْ عَجزَ عادَ رَقيقًا له.

ولو رجع كافِرًا إلى دارِ الإسلامِ، وأخذ طائفةً من مالِه وأدْخَلَها [إلى] (١) دارِ الحربِ ثُمّ ظَهَرَ المسلمونَ عليه، فإنْ رجع [٤/ ٣٩أ] بعدَما قُضيَ بلَحاقِه فالورَثةُ أحَقُّ به، وإنْ وجَدَتْه قبل القسمةِ أخذتْه مَجّانًا بلا عِوَضٍ، وإنْ وجَدَتْه (٢) بعدَ القسمةِ أخذتْه بالقيمةِ في ذَواتِ القيَمِ؛ لأنّه إذا لَحِقَ وقُضيَ بلَحاقِه فقد زالَ مِلْكُه إلى الورَثةِ، فهذا مالُ مسلمٍ استَوْلى عليه الكافِرُ وأحرَزَه بدارِ الحربِ، ثُمّ ظَهَرَ المسلمونَ على الدّارِ فوجدَه المالِكُ القَديمُ فالحُكْمُ فيه ما ذَكَرْنا وإنْ رجع قبل الحُكْمِ باللَّحاقِ، ففيه روايَتانِ.

في روايةٍ هذا، ورُجوعُه بعدَ الحُكْمِ باللَّحاقِ سواءٌ، وفي روايةٍ [أنّه] (٣) يكونُ فيْئًا لا حَقَّ للوَرَثةِ فيه أصلاً واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وَلو جَنَى المُرْتَدُّ جنايةً ثُمّ لَحِقَ بدارِ الحربِ ثُمّ عادَ إلينا ثانيًا، فما كان من حُقوقِ العِبادِ كالقَتْلِ والغصبِ والقَذْفِ يُؤخَذُ به، وما كان من حُقوقِ اللَّه - تَبارَك وتعالى - كالزِّنا والسّرقةِ وشُرْبِ الخمرِ يَسْقُطُ عنه؛ لأنّ اللَّحاقَ يُلْتَحَقُ (٤) بالموتِ فيورِثُ شُبْهةً في سُقوطِ ما يَسْقُطُ بالشُّبُهاتِ، ولو فعَلَ شيئًا من ذلك بعدَ اللَّحاقِ بدارِ الحربِ ثُمّ مات لم يُؤخَذْ شيءٌ (٥) منه؛ لأنّ فعلَه لم يَنْعَقِدْ موجِبًا لِصَيْرورَتِه في حُكْمِ أهلِ الحربِ.

هذا الذي ذَكَرْنا حُكْمُ مالِه الذي خَلَّفَه في دارِ الإسلامِ وأمّا الذي لَحِقَ به في دارِ الحربِ فهو مِلْكُه حتّى لو ظَهَرَ المسلمونَ عليه يكونُ فيْئًا؛ لأنّ مِلْكَ الورَثةِ لم يَثْبُتْ في المالِ المَحْمولِ إلى دارِ الحربِ فبَقيَ على مِلْكِ المُرْتَدِّ، وهو غيرُ معصومٍ فكان مَحَلُّ التّمَلُّكِ بالاستيلاءِ لِسائرِ (٦) أموالِ أهلِ الحربِ.

وأمّا حُكْمُ الميراثِ فنقولُ: لا خلافَ بينَ أصحابِنا رضي الله عنهم في أنّ المالَ الذي اكتَسَبَه في حالةِ الإسلامِ يكونُ ميراثًا لِوَرَثَتِه المسلمينَ إذا مات أو قُتِلَ أو لَحِقَ وقُضيَ باللَّحاقِ (٧).

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أخذته».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ملحق».
(٥) في المطبوع: «بشيء».
(٦) في المخطوط: «كسائر».
(٧) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٥٨، ٢٦١)، شرح فتح القدير (٦/ ٧٥)، الاختيار (٤/ ١٤٧)، البناية (٦/ ٧٠٦).

وقال الشافعيُ - رحمه الله: هو فيْءٌ [١]، واحتجّ بما رُوِيَ عن رَسُولِ اللَّه ﷺ أنّه قَالَ: «لَا يَرِثُ الكَافِرُ المسلمَ ولَا المسلمُ الكَافِرَ» [٢] نَفَى أنْ يَرِثَ المسلمُ الكافِرَ، ووارثُه مسلمٌ فيجبُ أنْ لا يَرِثَه.

(ولَنا) ما رويَ أنّ سَيِّدَنا عَليًّا رضي الله عنه قَتَلَ المُسْتَوْرِدَ العِجْلِيَّ بالرِّدّةِ، وقَسَمَ مالَه بينَ ورَثَتِه المسلمينَ، وكان ذلك بمَحْضرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكرَ مُنْكِرٌ عليه، فيكونُ إجماعًا من الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم ولأنّ الرِّدّةَ في كونِها سببًا لِزَوالِ المِلْكِ، كالموتِ على أصلِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه على ما قَرَّرْناه، فإذا ارتَدَّ فهذا مسلمٌ مات، فيَرِثُه المسلمُ فكان هذا إرْثَ المسلمِ من المسلمِ لا من الكافِرِ، فقد قُلْنا بموجِبِ الحديثِ بحَمْدِ اللَّه - تعالى وأمّا على أصلِهما فالرِّدّةُ إنْ كانت لا توجِبُ زَوالَ المِلْكِ يُمْكِنُ احتمالُ العوْدِ إلى الإسلامِ، ألا تَرَى أنّه يُجْبَرُ على الإسلامِ فيَبْقَى على حُكْمِ الإسلامِ في حَقِّ [حُكْمِ] [٣] الإرْثِ؟ وذلك جائزٌ، ألا تَرَى أنّه بَقِيَ على حُكْمِ الإسلامِ في حَقِّ المنعِ من التّصَرُّفِ في الخمرِ والخِنْزيرِ؟ فجاز أنْ يَبْقَى عليه في حَقِّ حُكْمِ الإرْثِ أيضًا؟ فلا يكونُ إرْثُ المسلمِ من الكافِرِ فيكونُ عملاً بالحديثِ أيضًا والله أعلم.

واختلَفوا في المالِ الذي اكتَسَبَه في حالِ الرِّدّةِ قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: هو فيْء.

وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ رحمهما الله: هو ميراثٌ.

(وجه) قولِهما أنّ كسْبَ الرِّدّةِ مِلْكُه لِوُجودِ سببِ المِلْكِ من أهلِ المِلْكِ في مَحَلٍّ قابلٍ، ولا شَكَّ أنّ المُرْتَدَّ أهلُ المِلْكِ؛ لأنّ أهليّةَ المِلْكِ بالحُرّيّةِ، والرِّدّةُ لا تُنافيها بل تُنافي ما يُنافيها، وهو الرِّقُّ؛ إذِ المُرْتَدُّ لا يحتملُ الاسترْقاقَ، وإذا ثَبَتَ مِلْكُه فيه، احتَمَلَ الانتِقال إلى ورَثَتِه بالموتِ، أو ما هو في معنى الموتِ على ما بَيّنّا.

---

(١) مذهب الشافعية: أن مال المرتد فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يزول ملكه في الحال كملك النكاح. ثانيها: لا يزول ملكه. ثالثها: وهو الأظهر؛ أنه موقوف فإن عاد إلى الإسلام لم يزل عنه ملكه، وإن مات أو قتل على الردة تبين زوال ملكه عنه إلى أهل الفيء ولا يرثه مسلم ولا كافر. انظر مختصر المزني (ص ٢٦٠)، الحاوي الكبير (١٦/ ٤١٧، ٤٢٢)، الوسيط (٦/ ٤٣٠)، الروضة (١٠/ ٧٨)، المنهاج (ص ١٣٢).

(٢) رواه البخاري، كتاب: المغازي، باب: أين ركز النبي ﷺ الراية؟ برقم (٤٢٨٣)، ومسلم، كتاب: الفرائض، برقم (١٦٤١)، من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنهما.

(٣) ليست في المخطوط.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - ما ذَكَرْنا أنّ الرّدّةَ سببٌ لِزَوالِ المِلْكِ من حينِ وُجودِها بطريقِ الظُّهورِ على ما بَيَّنّا، ولا وُجودَ لِلشّيءِ مع وُجودِ سببِ زَوالِه فكان (الكَسْبُ في الرّدّةِ) [١] مالاً لا مالِكَ له، فلا يحتملُ الإرْثَ فيوضَعُ في بيتِ مالِ المسلمينَ كاللُّقَطةِ.

ثُمّ اختلَفوا فيما يورَثُ من مالِ المُرْتَدِّ أنّه يُعْتَبَرُ حالُ الوارثِ، وهي أهليّةُ الوِراثةِ وقتَ الرّدّةِ، أم وقتَ الموتِ، أم من وقتِ الرّدّةِ إلى وقتِ الموتِ، فعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - تُعْتَبَرُ أهليّةُ الوِراثةِ وقتَ الموتِ؛ لأنّ مِلْكَ المُرْتَدِّ إنّما يَزولُ عندهما بالموتِ فتُعْتَبَرُ الأهليّةُ في ذلك الوقتِ لا غيرُ وعن أبي حنيفةَ رضي الله عنه روايَتانِ، في روايةٍ: يُعْتَبَرُ وقتُ الرّدّةِ لا غيرُ، حتّى لو كان أهلاً وقتَ الرّدّةِ ورِثَ، وإنْ زالَتْ أهليّتُه بعدَ ذلك، وفي روايةٍ: يُعْتَبَرُ دَوامُ الأهليّةِ من وقتِ الرّدّةِ إلى وقتِ الموتِ.

(وجه) هذه الرّوايةِ أنّ الإرْثَ يَثْبُتُ بطريقِ الاستنادِ لا بطريقِ الظُّهورِ؛ لأنّ الموتَ أمرٌ لا بُدَّ منه للإرْثِ، والقولُ بالإرْثِ [٤/ ٣٩ب] بطريقِ الظُّهورِ إيجابُ الإرْثِ قبل الموتِ، ولا سَبيلَ إليه فإذا وُجِدَ الموتُ يَثْبُتُ الإرْثُ ثُمّ يَسْتَنِدُ إلى وقتِ وُجودِ الرّدّةِ وزَوالِ الأهليّةِ، فيما بينَ الوقتَيْنِ يُمْنَعُ من الاستنادِ، فيُشْتَرَطُ دَوامُ الأهليّةِ من وقتِ الرّدّةِ إلى وقتِ الموتِ، حتّى لو كان بعضُ الورثةِ مسلمًا وقتَ الرّدّةِ، ثُمّ ارتَدَّ عن الإسلامِ قبل موتِ المُرْتَدِّ، لا يورَثُ [٢] وكذا إذا ماتَ قبل موتِه أو المرأةُ انقضتْ عِدَّتُها قبل موتِه.

(وجه) الرّوايةِ الأولى أنّ الإرْثَ يَتْبَعُ زَوالَ المِلْكِ، والمِلْكُ زالَ بالرّدّةِ من وقتِ وُجودِها، فيَثْبُتُ الإرْثُ في ذلك الوقتِ بطريقِ الظُّهورِ، قولُه: هذا إيجابُ الإرْثِ قبل الموتِ قُلْنا: هذا ممنوعٌ بل هذا إيجابُ الإرْثِ بعدَ الموتِ؛ لأنّ الرّدّةَ في معنى الموتِ؛ لأنّها تَعْمَلُ عملَ الموتِ في زَوالِ المِلْكِ على ما بَيَّنّا، فكانت الرّدّةُ موتًا معنًى، وكذا اختلف أبو يوسفَ ومحمّدٌ - رحمهما الله - فيما إذا لَحِقَ بدارِ الحربِ وقضى القاضي باللَّحاقِ، أنّه تُعْتَبَرُ أهليّةُ الوِراثةِ وقتَ القضاءِ باللَّحاقِ أم وقتَ اللَّحاقِ؟ فعند أبي يوسفَ - رحمه الله - [يُعتبر] [٣] وقت القضاءِ، وعند محمّدٍ رحمه الله تُعْتَبَرُ [٤] وقتَ اللَّحاقِ.

---

(١) في المخطوط: «كسب الردة».
(٢) في المخطوط: «يرث».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يعتبر».

(وجه) قولِ محمدٍ: أنّ وقتَ الإرْثِ وقتُ زَوالِ المِلْكِ، ومِلْكُ المُرْتَدِّ إنّما يَزولُ باللَّحاقِ؛ لأنّ به يَعْجَزُ عن الانتِفاعِ بمالِه المَتْروكِ في دارِ الإسلام، إلاّ أنّ العجْزَ قبل القضاءِ غيرُ مُتَقَرِّرٍ لاحتمالِ العوْدِ، فإذا قُضيَ تَقَرَّرَ العجْزُ وصار العوْدُ بعدَه كالمُمْتَنِعِ عادةً، فكان العامِلُ في زَوالِ المِلْكِ هو اللَّحاقَ فتُعْتَبَرُ الأهليّةُ وقتَئِذٍ.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ: أنّ المِلْك لا يَزولُ إلاّ بالقضاءِ، فكان المُؤَثِّرُ في الزَّوالِ هو القضاءَ.

وعلى هذا الاختلافِ المُرْتَدّةُ إذا لَحِقَتْ بدارِ الحربِ؛ لأنّ المعنى لا يوجِبُ الفصلَ.

ولو ارتَدَّ الزَّوْجانِ مَعًا ثُمّ جاءَتْ بولدٍ ثُمّ قُتِلَ الأبُ على رِدَّتِه فإنْ جاءَتْ به لأقَلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ من حينِ [1] الرّدّةِ يَرِثُه؛ لأنّه عَلِمَ أنّ العُلوقَ حَصَلَ في حالةِ الإسلام قَطْعًا، وإنْ جاءَتْ به لِسِتّةِ أشهُرٍ فصاعِدًا من حينِ [2] الرّدّةِ لم يَرِثْه؛ لأنّه يحتملُ أنّه عَلَقَ في حالةِ الرّدّةِ، فلا يَرِثُ مع الشَّكِّ.

ولو ارتَدَّ الزَّوْجُ دونَ المرأةِ، أو كانت له أُمُّ ولَدٍ مسلمةٍ ورِثَه مع ورَثَتِه المسلمينَ [3]، وإنْ جاءَتْ به لأكثرَ من سِتّةِ أشهُرٍ؛ لأنّ الأُمَّ مسلمةٌ، فكان الولدُ على حُكْمِ الإسلامِ تَبَعًا لأُمِّه فيَرِثُ أباه.

ولو مات مسلمٌ عن امرأتِه وهي حامِلٌ فارتَدَّتْ ولَحِقَتْ بدارِ الحربِ، فولدَتْ هناك ثُمّ ظَهَرْنا [4] على الدّارِ، فإنّه لا يُسْتَرَقُّ ويَرِثُ أباه؛ لأنّه مسلمٌ تبَعًا لأبيه.

ولو لم تَكُنْ ولَدَتْه حتّى سُبيَتْ ثُمّ ولَدَتْه في دارِ الإسلامِ، فهو مسلمٌ مرقوقٌ، مسلمٌ تَبَعًا لأبيه، مرقوقٌ تَبَعًا لأُمِّه، ولا يَرِثُ أباه؛ لأنّ الرّقَّ من أسبابِ الحِرْمانِ.

ولو تزوّجَ المُرْتَدُّ مسلمةً فولدَتْ له غُلامًا، أو وطِئَ أمةً مسلمةً فولدَتْ له فهو مسلمٌ تبَعًا للأُمِّ ويَرِثُ أباه لِثُبوتِ النّسَبِ، وإنْ كانت الأُمُّ كافِرةً لا يُحْكَمُ بإسلامِه؛ لأنّه لم يوجدْ إسلامُ أحدِ الأبَوَيْنِ - واللّه سبحانه وتعالى - أعلمُ.

وأمّا حُكْمُ الدَّيْنِ فعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ: دُيونُ المُرْتَدِّ في كسْبِ الإسلامِ والرّدّةِ

---

(١) في المخطوط: «وقت».
(٢) في المخطوط: «وقت».
(٣) زاد في المخطوط: «ورثة».
(٤) في المخطوط: «ظهر».

جميعًا؛ لأنّ كُلَّ ذلك عندهما ميراثٌ وأمّا عند أبي حنيفةَ رحمه الله فقد ذكر أبو يوسفَ عنه أنّه في كسْبِ الرّدّةِ، إلاّ أنْ لا يَفيَ به فيَقْضيَ [١] الباقيَ من كسْبِ الإسلامِ.

ورَوَى الحسنُ - رحمه الله - عنه أنّه في كسْبِ الإسلامِ إلاّ أنْ لا يَفيَ به فيَقْضيَ الباقيَ من كسْبِ الرّدّةِ.

وقال الحسنُ - رحمه الله: دَيْنُ الإسلامِ في كسْبِ الإسلامِ، ودَيْنُ الرّدّةِ في كسْبِ الرّدّةِ وهو قولُ زُفَرَ - رحمه الله - والصّحيحُ روايةُ الحسنِ؛ لأنّ دَيْنَ الإنسانِ يُقْضَى من مالِه لا من مالِ غيرِه.

وكذا دَيْنُ المَيّتِ يُقْضَى من مالِه لا من مالِ وارثِه؛ لأنّ قيامَ الدَّيْنِ يمنعُ زَوالَ مِلْكِه إلى وارثِه بقدرِ الدَّيْنِ؛ لِكونِ الدَّيْنِ مُقَدَّمًا على الإرْثِ، فكان قضاءُ دَيْنِ كُلِّ مَيّتٍ [من مالِه لا] [٢] من مالِ وارثِه ومالُه كسْبُ الإسلامِ.

فأمّا كسْبُ الرّدّةِ فمالُ جماعةِ المسلمينَ، فلا يُقْضَى منه الدَّيْنُ إلاّ لِضرورةٍ، فإذا لم يَفِ به كسْبُ الإسلامِ مَسَّتِ الضَّرورةُ فيَقْضي الباقيَ منه واللّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل [في حكم ولد المرتد]

وأمّا حُكْمُ ولَدِ المُرْتَدِّ فولدُ المُرْتَدِّ لا يخلو من أنْ يكونَ مولودًا في الإسلامِ، أو في الرّدّةِ، فإنْ كان مولودًا في الإسلامِ، بأنْ وُلِدَ لِلزَّوْجَيْنِ ولَدٌ وهما مسلمانِ، ثُمّ ارتَدّا لا يُحْكَمُ بردَّتِه ما دامَ في دارِ الإسلامِ؛ لأنّه لَمّا وُلِدَ وأبَواه مسلمانِ فقد حُكِمَ بإسلامِه تَبَعًا لأبَوَيْه، فلا يَزولُ بردَّتِهما لِتَحَوُّلِ التّبعيّةِ إلى الدّارِ، إذِ الدّارُ وإنْ كانت [٤/ ٤٠أ] لا تصلُحُ لإثباتِ التّبعيّةِ ابتِداءً عند استِتْباعِ الأبَوَيْنِ، تصلُحُ للإبقاءِ؛ لأنّه أسهَلُ من الابتِداءِ، فما دامَ في دارِ الإسلامِ يَبْقَى على حُكْمِ الإسلامِ، تبَعًا لِلدّارِ، ولو لَحِقَ المُرْتَدّانِ بهذا الولدِ بدارِ الحربِ فكَبِرَ الولدُ، ووُلِدَ له ولَدٌ وكَبِرَ، ثُمّ ظُهِرَ عليهم.

أمّا حُكْمُ المُرْتَدِّ والمُرْتَدّةِ فمعلومٌ، وقد ذَكَرْنا أنّ المُرْتَدَّ لا يُسْتَرَقُّ ويُقْتَلُ، والمُرْتَدّةُ تُسْتَرَقُّ ولا تُقْتَلُ وتُجْبَرُ على الإسلامِ بالحبْسِ وأمّا حُكْمُ الأولادِ فولدُ الأبِ يُجْبَرُ على الإسلامِ، ولا يُقْتَلُ؛ لأنّه كان مسلمًا بإسلامِ أبَوَيْه تبَعًا لهما، فلَمّا بَلَغَ كافِرًا فقد ارتَدَّ عنه،

(١) في المخطوط: «فيفي».
(٢) ليست في المخطوط.

والمُرْتَدُّ يُجبَرُ على الإسلامِ، إلاّ أنّه لا يُقْتَلُ؛ لأنّ هذه رِدّةٌ حُكْميّةٌ لا حقيقيّةٌ لِوُجودِ الإيمانِ حُكْمًا بطريقِ التّبعيّةِ لا حقيقةً، فيُجْبَرُ على الإسلامِ لكنْ بالحبْسِ لا بالسَّيْفِ إثباتًا للحُكْمِ على قدرِ العِلّةِ، ولا يُجْبَرُ ولَدُ ولَدِه على الإسلامِ؛ لأنّ ولَدَ الولدِ لا يَتْبَعُ الجدَّ في الإسلامِ، إذْ لو كان كذلك لكان الكُفّارُ كُلُّهم مُرْتَدّينَ لِكونِهم من أولادِ آدَمَ ونوحٍ - عليهما الصلاة والسلام - فيَنْبَغي أنْ تجريَ عليهم أحكامُ أهلِ الرّدّةِ، وليس كذلك بالإجماعِ.

وإنْ كان مولودًا في الرّدّةِ بأنِ ارتَدَّ الزّوْجانِ ولا ولَدَ لهما، ثُمّ حَمَلَتِ المرأةُ من زوجِها بعدَ رِدَّتِها، وهما مُرْتَدّانِ على حالِهما، فهذا الولدُ بمنزلةِ أبَوَيْه له حُكْمُ الرّدّةِ، حتّى لو مات لا يُصَلّى عليه؛ لأنّ المُرْتَدَّ لا يَرِثُ أحدًا، ولو لَحِقا بهذا الولدِ بدارِ الحربِ فبَلَغَ، ووُلِدَ له أولادٌ فبَلَغوا، ثُمّ ظُهِرَ على الدّارِ وسُبوا جميعًا، يُجْبَرُ ولَدُ الأبِ وولدُ ولَدِه على الإسلامِ ولا يُقْتَلونَ كذا ذكر محمّدٌ في كتابِ السّيَرِ وذكر في الجامعِ الصّغيرِ أنّه لا يُجْبَرُ ولَدُ ولَدِه على الإسلامِ.

(وجه) ما ذُكِرَ في السّيَرِ أنّ ولَدَ الأبِ تَبَعٌ لأبَوَيْه، فكان مَحْكومًا برِدَّتِه تَبَعًا لأبَوَيْه، وولدُ الولدِ تَبَعٌ له فكان مَحْكومًا برِدَّتِه تَبَعًا له، والمُرْتَدُّ يُجْبَرُ على الإسلامِ، (إلاّ أنّه)[1] لا يُقْتَلُ؛ لأنّ هذه رِدّةٌ حُكْميّةٌ فيُجْبَرُ على الإسلامِ بالحبْسِ لا بالقَتْلِ، وجه المذكورِ في الجامعِ أنّ هذا الولدَ إنّما حُكِمَ برِدَّتِه تبَعًا لأبيه، والتّبَعُ لا يَسْتَتْبِعُ غيرَه.

وأمّا حُكْمُ الاستِرْقاقِ فذُكِرَ في السّيَرِ أنّه يُسْتَرَقُّ الإناثُ والذُّكورُ الصِّغارُ من أولادِه؛ لأنّ أُمَّهم مُرْتَدّةٌ وهي تحتمِلُ[2] الاستِرْقاقَ، والولدُ كما تبِعَ الأُمَّ في الرّقِّ يَتْبَعُها في احتمالِ الاستِرْقاقِ.

وأمّا الكِبارُ فلا يُسْتَرَقّونَ لانقِطاعِ التّبَعيّةِ بالبلوغِ، ويُجْبَرونَ على الإسلامِ.

وذُكِرَ في الجامعِ الصغيرِ: الوِلْدانُ فيْءٌ أمّا الأوّلُ فلأنّ أُمَّه مُرْتَدّةٌ، وأمّا الآخرُ فلأنّه كافِرٌ أصليٌّ؛ لأنّ تَبَعيّةَ الأبوَيْنِ في الرّدّةِ قد انقَطَعَتْ بالبلوغِ، وهو كافِرٌ، فكان كافِرًا أصليًّا، فاحتَمَلَ الاستِرْقاقَ.

ولو ارتَدَّتِ امرأةٌ وهي حامِلٌ ولَحِقَتْ بدارِ الحربِ، ثُمّ سُبِيَتْ وهي حامِلٌ كان ولَدُها

---

(١) في المخطوط: «لأنه».

(٢) في المخطوط: «بمحل».

فيئًا؛ لأنّ السَّبْيَ لَحِقَه وهو في حُكْمِ جُزْءِ [(١)] الأُمِّ، فلا يَبْطُلُ بالانفِصالِ من الأُمِّ، والذِّمّيُّ الذي نَقض العهْدَ ولَحِقَ بدارِ الحربِ بمنزلةِ المُرْتَدِّ في سائرِ الأحكامِ من الإرْثِ والحُكْمُ بعِتْقِ أُمَّهاتِ الأولادِ والمُدَبَّرَيْنِ ونحوِ ذلك؛ لأنّ المعنى الذي [(٢)] يوجِبُ لَحاقَه، اللَّحاقُ بالموتِ في الأحكامِ التي ذَكَرْنا لا يُفْصَلُ، إلاّ أنّهما يَفْتَرِقانِ من وجهٍ: وهو أنّ الذِّمّيَّ يُسْتَرَقُّ والمُرْتَدُّ لا يُسْتَرَقُّ ووجه الفرْقِ أنّ شرْعَ الاسترْقاقِ لِلتَّوَسُّلِ إلى الإسلامِ، واسترْقاقُ المُرْتَدِّ لا يَقَعُ وسيلةً إلى الإسلامِ لِما ذَكَرْنا أنّه رجع بعدَما ذاقَ طَعْمَ الإسلامِ، وعَرَفَ مَحاسنَه فلا يُرْجَى فلاحُه، بخلافِ الذِّمّيِّ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

فصل

وأمّا بيانُ أحكامِ البغاةِ فالكَلامُ فيه في مَواضِعَ:

في تفسيرِ البغاةِ.

وفي بيانِ ما يَلْزَمُ إمامَ أهلِ العدْلِ عند خُروجِهم عليه.

وفي بيانِ ما يُصْنَعُ بهم وبِأموالِهم عند الظَّفرِ بهم والاستيلاءِ على أموالِهم.

وفي بيانِ مَنْ يجوزُ قَتْلُه منهم، ومَنْ لا يجوزُ.

وفي بيانِ حُكْمِ إصابةِ الدِّماءِ [(٣)] والأموالِ من الطّائفتَيْنِ.

وفي بيانِ ما يُصْنَعُ بقَتْلى الطّائفتَيْنِ.

وفي بيانِ حُكْمِ قضاياهم.

أمّا تفسيرُ البغاةِ: فالبغاةُ هم الخوارجُ، وهم قَوْمٌ من رأيِهم أنّ كُلَّ ذَنْبٍ كُفْرٌ، كبيرةً كانت أو صَغيرةً، يخرُجونَ على إمامِ [أهلِ] [(٤)] العدْلِ، ويَسْتَحِلّونَ القِتالَ والدِّماءَ والأموالَ بهذا التّأويلِ، ولهم مَنَعةٌ وقوّةٌ.

وأمّا بيانُ ما يَلْزَمُ إمامَ العدْلِ عند خُروجِهم فنقولُ - وباللَّه التّوْفيقُ.

إنْ عَلِمَ الإمامُ أنّ الخوارجَ يُشْهِرونَ السِّلاحَ ويتأهَّبونَ للقِتالِ، فيَنْبَغي له أنْ يأخذَهم

---

(١) في المخطوط: «إحراز».
(٢) في المخطوط: «قد».
(٣) في المخطوط: «الدنيا».
(٤) ليست في المخطوط.

ويحبِسَهم حتّى يُقْلِعوا عن ذلك، ويُحْدِثوا تَوْبةً؛ لأنّه لو تَرَكَهم لَسَعَوْا في الأرضِ [٤/ ٤٠ب] بالفسادِ، فيأخذُهم [١] على أيديهم ولا يَبْدَؤُهم الإمامُ بالقِتالِ حتّى يَبْدَءوه؛ لأنّ قِتالَهم لِدَفْعِ شرِّهم لا لِشرِّ شرْكِهم لأنّهم مسلمونَ، فما لم يتوَجَّه الشَّرُّ منهم لا يُقاتلُهم، وإنْ لم يَعْلم الإمامُ بذلك حتّى تَعَسْكَروا وتأهَّبوا للقِتالِ فيَنْبَغي له أنْ يَدْعوَهم إلى العدْلِ، والرُّجوعِ إلى رأيِ الجماعةِ أوّلاً لِرَجاءِ الإجابةِ وقَبولِ الدَّعْوةِ، كما في حَقِّ أهلِ الحربِ.

وكذا رويَ أنْ سَيِّدَنا عَليًّا رضي الله عنه لَمّا خرج عليه أهلُ حَروراء نَدَبَ إليهم عبدَ اللَّه بنَ عَبّاسٍ رضي الله عنهما لِيَدْعوَهم إلى العدْلِ، فدَعاهم وناظَرَهم، فإنْ أجابوا كفَّ عنهم وإنْ أبَوْا قاتَلَهم؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ﴾ [الحجرات: ٩].

وكذا قاتَلَ سَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنه أهلَ حَروراء بالنَّهروانِ بحَضْرةِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم تصديقًا لِقولِه النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه: «إنكَ تُقَاتِلُ على التّأوِيلِ كمَا تُقاتِلُ على التّنزِيلِ» والقِتالُ على التّأويلِ هو القِتالُ مع الخوارجِ.

ودَلَّ الحديثُ على إمامةِ سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه؛ لأنّ النّبيَّ ﷺ شَبَّهَ قِتالَ سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه على التّأويلِ بقِتالِه على التّنزيلِ، وكان رسولُ اللَّه ﷺ [مُحِقًّا] [٢] في قِتالِه بالتّنزيلِ، فلَزِمَ أنْ يكونَ سَيِّدُنا عَليٌّ مُحِقًّا في قِتالِه بالتّأويلِ، فلو لم يكنْ إمامَ حَقٍّ لَما كان مُحِقًّا في قِتالِه إيّاهم، ولأنّهم ساعونَ في الأرضِ بالفسادِ فيُقْتَلونَ دَفْعًا للفَسادِ على [٣] وجه الأرضِ.

وإنْ قاتَلَهم قبل الدَّعْوةِ لا بَأسَ بذلك؛ لأنّ الدَّعْوةَ قد بَلَغَتْهم لِكونِهم في دارِ الإسلامِ، ومن المسلمينَ أيضًا.

ويجبُ على كُلِّ مَنْ دَعاه الإمامُ إلى قِتالِهم أنْ يُجيبَه إلى ذلك ولا يَسَعُه التّخَلُّفُ إذا كان عنده غِنًى وقُدْرةٌ؛ لأنّ طاعةَ الإمامِ فيما ليس بمعصيةٍ فرْضٌ، فكيفَ فيما هو طاعةٌ؟ واللَّه - سبحانه وتعالى الموَفِّقُ.

[وما رويَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه إذا وقَعتِ الفِتْنةُ بينَ المسلمينَ فيَنْبَغي

---

(١) في المخطوط: «فيأخذ».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «عن».

لِلرّجلِ أنْ يَعْتَزِلَ الفِتْنةَ، ويَلْزَمَ بيتَه، مَحْمولٌ على وقتٍ خاصٍّ، وهو أنْ لا يكونَ إمامٌ يَدْعوه إلى القِتالِ وأمّا إذا كان فدَعاه يُفْتَرَضُ عليه الإجابةُ لِما ذَكَرْنا] (١).

وَأمّا بيانُ ما يُصْنَعُ بهم وبِأموالِهم عند الظَّفَرِ بهم والاستيلاءِ على أموالِهم فنقولُ: الإمامُ إذا قاتَلَ أهلَ البغْيِ فهَزَمَهم ووَلَّوْا مُدْبِرينَ، فإنْ كانت لهم فِئةٌ يَنْحازونَ إليها، فيَنْبَغي لأهلِ العدْلِ أنْ يَقْتُلوا مُدْبِرَهم (٢)، ويُجْهِزوا على جَريحِهم لِئَلاّ يتحَيَّزوا إلى الفِئةِ، فيَمْتَنِعوا بها فيكرّوا على أهلِ العدْلِ.

وأمّا أسيرُهم فإنْ شاء الإمامُ قَتَلَه استئصالاً لِشَأفَتِهم (٣)، وإنْ شاء حَبَسَه لاندِفاعِ شرِّه بالأسرِ والحبْسِ، وإنْ لم يكنْ لهم فِئةٌ يتحَيَّزونَ إليها لم يَتْبع مُدْبِرَهم (٤)، ولم يُجْهِزْ على جَريحِهم ولم يَقْتُلْ (٥) أسيرَهم؛ لِوُقوعِ الأمنِ عن شرِّهم عند انعِدامِ الفِئةِ.

(وأمّا) أموالُهم التي ظَهَرَ أهلُ العدْلِ عليها فلا بَأسَ بأنْ يَسْتَعينوا بكُراعِهم وسِلاحِهم على قِتالِهم كسْرًا لِشَوْكَتِهم، فإذا استَغْنوا عنها أمسَكَها الإمامُ لهم؛ لأنّ أموالَهم لا تحتمِلُ التّمَلُّك بالاستيلاءِ لِكونِهم مسلمينَ، ولكنْ يحبِسُها عنهم إلى أنْ يَزولَ بَغْيُهم فإذا زالَ رَدَّها عليهم.

وكذا ما سِوَى الكُراعِ والسِّلاحِ من الأمتِعةِ لا يَنْتَفِعُ به، ولكنْ يُمْسَكُ ويُحْبَسُ عنهم إلى أنْ يَزولَ بَغْيُهم فيُدْفَعَ إليهم لِما قُلْنا.

ويُقاتَلُ أهلُ البغْيِ بالمَنْجَنيقِ والحرقِ والغرَقِ وغيرِ ذلك مِمّا يُقاتَلُ به أهلُ الحربِ؛ لأنّ قِتالَهم لَدَفْعِ شرِّهم وكَسْرِ شَوْكَتِهم فيُقاتَلونَ بكُلِّ ما يحصُلُ به ذلك، وللإمامِ أنْ يوادِعَهم لِيَنْظُروا في أُمورِهم، ولكنْ لا يجوزُ أنْ يأخذوا (٦) على ذلك مالاً لِما ذَكَرْنا من قبلُ.

(وأمّا) بيانُ مَنْ يجوزُ قَتْلُه منهم، ومَنْ لا يجوزُ فكُلُّ مَنْ لا يجوزُ قَتْلُه من أهلِ الحربِ من الصِّبْيانِ والنِّسْوانِ والأشياخِ والعُمْيانِ لا يجوزُ قَتْلُه من أهلِ البغْيِ؛ لأنّ قَتْلَهم لِدَفْعِ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «مدبريهم».

(٣) الشأفة: القرحة تخرج في أسفل القدم فتكوى فتذهب، ويقال في المثل: استأصل الله شأفته: أي أذهبه الله كما أذهب تلك القرحة بالكي. انظر: مختار الصحاح (١/ ١٣٨).

(٤) في المخطوط: «موليهم». (٥) زاد في المخطوط: «على».

(٦) في المخطوط: «يأخذ».

شرِّ قِتالِهم فيختَصُّ بأهلِ القِتالِ وهَؤُلاءِ ليسوا من أهلِ القِتالِ، فلا يُقْتَلونَ إلاّ إذا قاتَلوا، فيُباحُ قَتْلُهم في حالِ القِتالِ وبعدَ الفراغِ من القِتالِ، إلاّ الصِّبْيانَ والمَجانينَ على ما ذَكَرْنا في حُكْمِ أهلِ الحربِ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) العبدُ المَأسورُ من أهلِ البغْيِ فإنْ كان قاتَلَ مع مولاه يجوزُ قَتْلُه، وإنْ كان يخدُمُ مولاه لا يجوزُ قَتْلُه، ولكنْ يُحْبَسُ حتّى يَزولَ بَغْيُهم فيُرَدُّ عليهم.

(وأمّا) الكُراعُ فلا يُمْسَكُ ولكنّه يُباعُ ويُحْبَسُ ثَمَنُه لِمالِكِه؛ لأنّ ذلك أنْفَعُ له، ولا يجوزُ للعادِلِ أنْ يَبْتَدِئَ بقَتْلِ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه من أهلِ البغْيِ مُباشرةً، وإذا أرادَ هو قَتْلَه، له أنْ يَدْفعَه وإنْ كان لا يَنْدَفِعُ إلاّ بالقَتْلِ فيجوزُ له أنْ يتسَبَّبَ لِيَقْتُلَه غيرُه، بأنْ يَعْقِرَ دابّتَه ليترَجَّلَ فيَقْتُلَه غيرُه بخلافِ أهلِ الحربِ فإنّه يجوزُ قَتْلُ سائرِ ذَوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ منه مُباشرةً [وتَسَبُّبًا] (١) ابتِداءً إلاّ الوالِدَيْنِ.

(ووجه) الفرق[٤/١٤١]: أنّ الشّرْكَ في الأصلِ مُبيحٌ لِعُمومِ قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] إلاّ أنّه خُصَّ منه الأبَوانِ بنَصٍّ خاصٍّ حيث قال اللَّه - تَبارَكَ وتعالى -: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] فبَقِيَ غيرُهما على عُمومِ النّصِّ بخلافِ أهلِ البغْيِ؛ لأنّ الإسلامَ في الأصلِ عاصِمٌ لِقولِه ﷺ: **«فإذا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهم وأموالَهم»** (٢) والباغي مسلمٌ، إلاّ أنّه أُبيحَ قَتْلُ غيرِ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ من أهلِ البغْيِ دَفْعًا لِشرِّهم لا لِشَوْكَتِهم (٣)، ودَفْعُ الشَّرِّ يحصُلُ بالدَّفْعِ والتّسبيبِ لِيَقْتُلَه غيرُه، فبَقِيَتِ العِصْمةُ عَمّا وراء ذلك بالدَّليلِ العاصِمِ.

(وأمّا) بيانُ حُكْمِ إصابةِ الدِّماءِ والأموالِ من الطّائفَتَيْنِ فنقولُ: لا خلافَ في أنّ العادِلَ إذا أصابَ من أهلِ البَغْيِ من دَمٍ أو جِراحةٍ أو مالٍ استَهْلكه، أنّه لا ضمانَ عليه.

(وأمّا) الباغي إذا أصابَ شيئًا من ذلك من أهلِ العدْلِ فقد اختلَفوا فيه، قال أصحابُنا: إنّ ذلك موضوعٌ وقال الشّافعيُّ - رحمه الله: إنّه مضمونٌ، وجه قولِه: أنّ الباغيَ جانٍ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) صحيح متواتر: رواه الترمذي، كتاب: تفسير القرآن، باب: ومن سورة الغاشية، برقم (٣٣٤١)، من حديث جابربن عبدالله رضي‌الله عنهما، وانظر صحيح الترمذي.
(٣) في المخطوط: «لشركهم».

فيَسْتَوي في حقِّه وُجودُ المَنَعةِ وعَدَمُها؛ لأنّ الجانيَ يَسْتَحِقُّ التّغْليظَ دونَ التّخْفيفِ.

(ولَنا) ما رويَ عن الزُّهْريِّ أنّه قال: وقَعَتِ الفِتْنةُ وأصحابُ رسولِ اللّه ﷺ مُتَوافِرونَ، فاتَّفَقوا أنّ كُلَّ دَمٍ استُحِلَّ بتأويلِ القُرْآنِ فهو موضوعٌ، وكُلُّ مالٍ استُحِلَّ بتأويلِ القُرْآنِ فهو موضوعٌ، وكُلُّ فَرْجٍ استُحِلَّ بتأويلِ القُرْآنِ فهو موضوعٌ ومثلُه لا يَكْذِبُ فانعَقَدَ الإجماعُ من الصّحابةِ رضي الله عنهم على ما قُلْنا، وإنّه حُجّةٌ قاطِعةٌ.

والمعنى في المسألةِ ما نَبَّهَ عليه الصّحابةُ رضي الله عنهم وهو أنّ لهم في الاستحلالِ تأويلًا في الجُمْلةِ وإنْ كان فاسدًا لكنّ لهم مَنَعةً، والتّأويلُ الفاسدُ عند قيامِ المَنَعةِ يَكْفي لِرَفْعِ [(١)] الضّمانِ، كتأويلِ أهلِ الحربِ، ولأنّ الوِلايةَ من الجانِبينِ مُنْقَطِعةٌ لِوُجودِ المَنَعةِ، فلم يكنِ الوُجوبُ مُفيدًا لِتَعَذُّرِ الاستيفاءِ فلم يجبْ، ولو فعَلوا شيئًا من ذلك قبل الخُروجِ وظُهورِ المَنَعةِ أو بعدَ الانهزامِ وتَفَرُّقِ الجمْعِ يُؤخَذونَ به؛ لأنّ المَنَعةَ إذا انعَدَمَتِ [انعدمت] [(٢)] الوِلايةُ وبَقِيَ مُجَرَّدُ تأويلٍ فاسدٍ، فلا يُعْتَبَرُ في دَفْعِ الضّمانِ.

ولو قَتَلَ تاجرٌ من أهلِ العدْلِ تاجرًا آخرَ من أهلِ العدْلِ في عَسْكَرِ أهلِ البغْيِ، أو قَتَلَ الأسيرُ من أهلِ العدْلِ أسيرًا آخرَ أو قَطَعَ، ثُمّ ظُهِرَ عليه فلا قِصاصَ عليه؛ لأنّ الفعلَ لم يَقَعْ موجبًا لِتَعَذُّرِ الاستيفاءِ وانعِدامِ الوِلايةِ، كما لو قَطَعَ في دارِ الحربِ؛ لأنّ عَسْكَرَ أهلِ البغْيِ في حَقِّ انقِطاعِ الوِلايةِ، ودارِ الحربِ سواءٌ واللّه - عزّ وجلّ - أعلمُ.

ثُمّ لا خلافَ في أنّ العادِلَ إذا قَتَلَ باغيًا لا يُحْرَمُ الميراثَ؛ لأنّه لم يوجدْ قَتْلُ نفسٍ بغيرِ حَقٍّ لِسُقوطِ عِصْمةِ نفسِه.

وأمّا الباغي إذا قَتَلَ العادِلَ يُحْرَمُ الميراثَ عند أبي يوسفَ وعند [أبي حنيفةَ و] [(٣)] محمّدٍ إنْ قال: قَتَلْتُه، وكُنْتُ على حَقٍّ وأنا الآنَ على حَقٍّ لا يُحْرَمُ الميراثَ وإنْ قال: قَتَلْتُه وأنا أعلمُ أنّي على باطِلٍ يُحْرَمُ.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ: أنّ تأويلَه فاسدٌ، إلاّ أنّه أُلْحِقَ بالصّحيحِ عند وُجودِ المَنَعةِ في حَقِّ الدّفْعِ لا في حَقِّ الاستحقاقِ، فلا يُعْتَبَرُ في حَقِّ استحقاقِ الميراثِ.

(وجه) قولِهما: أنّا نَعْتَبِرُ تأويلَه في حَقِّ الدّفْعِ والاستحقاقِ؛ لأنّ [سببَ] [(٤)] استحقاقِ

---

(١) في المخطوط: «الدفع».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

الميراثِ هو القَرابةُ، وأنّها موجودةٌ، إلاّ أنّ قَتْلَ نفسٍ بغيرِ حَقٍّ سَبَّبَ الحِرْمانَ فإذا قَتَلَه على تأويلِ الاستحلالِ والمَنَعةُ موجودةٌ، اعتَبَرْناه في حَقِّ الدَّفْعِ وهو دَفْعُ الحِرْمانِ، فأشبَهَ الضَّمانَ، إلاّ أنّه إذا قال: قَتَلْتُه وأنا أعلمُ أنّي على باطِلٍ يُحْرَمُ الميراثَ؛ لأنّ التّأويلَ الفاسدَ إنّما يَلْحَقُ بالصّحيحِ إذا كان مُصِرًّا عليه، فإذا لم يُصِرَّ، فلا تأويلَ له، فلا يَنْدَفِعُ عنه الضَّمانُ واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ ما يُصْنَعُ بقَتْلى الطّائفتَيْنِ فنقولُ - وباللَّه تعالى التَّوْفيقُ:

(أمّا) قَتْلى أهلِ العدْلِ فيُصْنَعُ بهم ما يُصْنَعُ بسائرِ الشُّهَداءِ، لا يُغَسَّلونَ، ويُدْفَنونَ في ثيابِهم، ولا يُنْزَعُ عنهم إلاّ ما لا يَصْلُحُ كفَنًا، ويُصَلَّى عليهم؛ لأنّهم شُهَداءُ لِكونِهم مقتولينَ ظُلْمًا وقد رويَ أنّ زَيْدَ بنَ صوحانَ اليَمَنيَّ [1] كان يومَ الجمَلِ تحت رايةِ سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنهما فأوصَى في رَمَقِه: لا تَنْزِعوا عَنّي ثوبًا، ولا تَغْسِلوا عَنّي دَمًا، وارْمُسوني [2] في التُّرابِ رَمْسًا، فإنّي رجلٌ مُحاجٌّ أُحاجُّ يومَ القيامةِ [3].

(وأمّا) قَتْلى أهلِ البغْيِ فلا يُصَلَّى عليهم؛ لأنّه رويَ أنّ سَيِّدَنا عَليًّا رضي الله عنه ما صَلَّى على أهلِ حَروراء، ولكنّهم يُغَسَّلونَ ويُكَفَّنونَ ويُدْفَنونَ؛ لأنّ ذلك من سُنّةِ موتَى بَني سَيِّدِنا آدَمَ - عليه الصلاة والسلام - ويُكْرَه أنْ تُؤخَذَ رُءوسُهم، وتُبْعَثَ إلى الآفاقِ، وكذلك رُءوسُ أهلِ الحربِ؛ لأنّ ذلك من بابِ المُثْلةِ، وإنّه مَنْهيٌّ لِقولِه ﷺ: «لَا تُمَثِّلُوا» [4] فيُكْرَه إلاّ إذا كان في ذلك وهَنٌ لهم، فلا بَأسَ به لِما رُوِيَ أنّ عبدَ اللَّه بنَ مسعُودٍ رضي الله عنه جَزَّ رَأسَ أبِي جَهْلٍ- عليه اللَّعْنةُ- يومَ بَدْرٍ وجَاءَ به إلى رَسُولِ اللَّه ﷺ فقَالَ رَسُولُ اللَّه ﷺ: «إنّ أبَا جَهْلٍ كانَ فِرْعَوْنَ هذِه الأُمّةِ» ولم يُنْكِرْ عليه.

ويُكْرَه بيعُ السِّلاح من أهلِ البغْيِ وفي عَساكِرِهم؛ لأنّه إعانةٌ لهم على المعصيةِ، ولا يُكْرَه بيعُ ما يُتَّخَذُ منه السِّلاحُ كالحديدِ ونحوِه؛ لأنّه لا يَصيرُ سِلاحًا إلاّ بالعمَلِ [5].

ونَظيرُه أنّه يُكْرَه بيعُ المَزاميرِ، ولا يُكْرَه بيعُ ما يُتَّخَذُ منه المِزْمارُ، وهو الخشَبُ

---

(١) في المخطوط: «التميمي».
(٢) رمسه، يرمسه، رمسًا، فهو مرموس ورمس: دفنه وسوى عليه التراب، والرمس: الستر والتغطية. انظر اللسان (٦/ ١٠١).
(٣) أخرجه البيهقي بنحوه (٤/ ١٧)، برقم (٦٦١٥).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) في المخطوط: «بالصنعة».

والقَصَبُ (١)، وكذا بيعُ الخمرِ باطِلٌ، ولا يَبْطُلُ بيعُ ما يُتَّخَذُ منه، وهو العِنَبُ كذا هذا واللَّه - سبحانه وتعالى - أعلمُ.

(وأمّا) بيانُ حُكْم قضاياهم، فنقولُ: الخوارجُ إذا ولَّوْا قاضيًا فالأمرُ لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ: إمّا أنْ ولَّوْا رجلًا من أهلِ البغْيِ، وإمّا أنْ ولَّوْا رجلًا من أهلِ العدْلِ فإنْ ولَّوْا رجلًا من أهلِ البغْيِ فقضى بقضايا ثُمّ رُفِعَتْ قضاياه إلى قاضي أهلِ العدْلِ لا يُنْفِذُها؛ لأنّه لا يَعْلَمُ كونَها حَقًّا؛ لأنّهم يَسْتَحِلّونَ دِماءَنا وأموالَنا، فاحتَمَلَ أنّه قضى بما هو باطِلٌ على رأيِ الجماعةِ، فلا يجوزُ له تَنْفيذُه مع الاحتمالِ.

ولو كتَبَ قاضي أهلِ البغْيِ إلى قاضي أهلِ العدْلِ بكتابٍ، فإنْ عَلِمَ أنّه قضى بشهادةِ أهلِ العدْلِ أنْفَذَه (٢)؛ لأنّه تَنْفيذٌ لِحَقٍّ ظاهرٍ، وإنْ كان لا يَعْلَمُ لا يُنْفِذُه؛ لأنّه لا يَعْلَمُ كونَه حَقًّا، فلا يجوزُ تَنْفيذُه لِقولِه - تبارَكَ وتعالى -: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦].

وإنْ ولَّوْا رجلًا من أهلِ العدْلِ فقضى فيما بينَهم بقضايا، ثُمّ رُفِعَتْ قضاياه إلى قاضي أهلِ العدْلِ نَفَّذَها؛ لأنّ التَّوْليةَ إيّاه قد صَحَّتْ، لأنّه يَقْدِرُ على تَنْفيذِ القضايا بمنعَتِهم وقوّتِهم، فصَحَّتِ التَّوْليةُ، والظّاهرُ أنّه قضى على رأيِ أهلِ العدْلِ، فلا يَمْلِكُ إبطالَه، كما إذا رُفِعَتْ قضايا قاضي أهلِ العدْلِ إلى بعضِ قُضاةِ أهلِ العدْلِ وما أخَذوا من البِلادِ (٣) التي ظَهَروا عليها من الخراجِ والزَّكاةِ التي وِلايةُ أخْذِها للإمامِ لا يأخذُه الإمامُ ثانيًا؛ لأنّ حَقَّ الأخْذِ للإمامِ لِمكانِ حِمايَتِه، ولم توجَدْ، إلاّ أنّهم يُفْتونَ بأنْ يُعيدوا الزَّكاةَ استحسانًا؛ لأنّ الظّاهرَ أنّهم لا يَصْرِفونَها إلى مَصارِفِها.

فأمّا الخراجُ فمَصْرِفُه (٤) المُقاتلةُ، وهم يُقاتلونَ أهلَ الحربِ واللَّهُ - تعالى - أعلمُ بالصواب.

---

(١) في المخطوط: «المقصب».
(٢) في المخطوط: «نفذه».
(٣) في المخطوط: «الأموال».
(٤) في المخطوط: «فصرفه».

الفهرس



الفهرس

مكتب الهدى للصف والتحقيق ت ٤٧٢٩٢٩٠ محمول ٠١٢٧٩١٢٠٠٩



مطابع دار الطباعة والنشر الإسلامية
العاشر من رمضان المنطقة الصناعية ب ٢ - تليفاكس : ٣٦٢٣١٤ - ٣٦٢٣١٢
مكتب القاهرة : مدينة نصر ١٢ ش ابن هانئ الأندلسي ت : ٤٠٣٨١٣٧ - تليفاكس : ٤٠١٧٠٥٣

